Die Untreue.

(§ 266 St.G.B.)

Inaugural-Dissertation

der hohen

Juristenfakultät der Universität Tübingen

zur Erlangung des Doktorgrads

vorgelegt von

Hermann Ammon
Hilfsrichter in Heilbronn.

Tübingen, 1894.
Druck von H. Laupp jr.

Die Untreue.

(§ 266 St.G.B.)

Inaugural-Dissertation

der hohen

Juristenfakultät der Universität Tübingen

zur Erlangung des Doktorgrads

vorgelegt von

Hermann Ammon
Hilfsrichter in Heilbronn.

Tübingen, 1894.
Druck von H. Laupp jr.

Inhaltsübersicht.

Litteraturangabe.

Abegg, Lehrbuch der Strafrechtswissenschaft 1836.

Archiv für die zivilistische Praxis, von Gensler, Mittermaier u. a. begonnen, 1818 ff.

Berner, Lehrbuch des deutschen Strafrechts 12. Aufl. 1882.

Beseler, Deutsches Privatrecht, 4. Aufl. 1885.

Beseler, Kommentar zum preußischen Strafgesetzbuch 1851.

Binding, C., Handbuch des Strafrechts, Bd. I. 1885.

Böckh, Staatshaushaltung der Athener, Bd. I. 1851.

Daude, P., Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich, 6. Aufl. 1893.

Dernburg, H., Lehrbuch des preußischen Privatrechts, 3. Aufl. 1882.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen, herausgegeben von den Mitgliedern.

Entscheidungen des preußischen Obertribunals, herausgegeben von Zettwach &c.

Feuerbach, Lehrbuch des peinlichen Rechtes, 13. Aufl. 1840.

Gerichtssaal, Zeitschrift für Strafrecht und Strafprozeß, 1849 ff.

Goltdammer, Archiv für preußisches und deutsches Strafrecht, 1853 ff.

Goltdammer, Materialien zum preußischen Strafgesetzbuch, 1852.

Hälschner, H., Das gemeine deutsche Strafrecht, 1884.

Henke, Eduard, Handbuch des Kriminalrechts, 3. Teil 1830.

Hermann, K. F., Lehrbuch der griechischen Antiquitäten, 2. Bd., 1. Abtlg. 1884.

Holtzendorff, Handbuch des deutschen Strafrechts, III. Bd. 1874.

Janka, Das österreichische Strafrecht, 1884.

John, Entwurf mit Motiven zu einem Strafgesetzbuch für den nordd. Bund, 1868.

Katz, Die strafrechtlichen Bestimmungen des Handelsgesetzbuchs, 1885.

Landmann, Gewerbeordnung für das deutsche Reich, 1884.

Lipsius, Attischer Prozeß, Bd. I. 1883.

v. Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 2. Aufl. 1884.

Löning, Richard, der Vertragsbruch, 1876.

Lucas, Die subjektive Verschuldung, 1883.

Mandry, Zivilrechtlicher Inhalt der Reichsgesetze, 3. Aufl. 1885.

Mayer, S., das ungarische Strafgesetzbuch über Verbrechen und Vergehen, 1878.

Meyer, H., Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 4. Aufl. 1886.

Meyer, G., Deutsches Verwaltungsrecht, 1883.

Meyer, G., Das deutsche Staatsrecht, 2. Aufl. 1885.

Michaelis, Mosaisch-peinliches Recht, 1785.

Motive zum Strafgesetzbuch für den norddeutschen Bund.

Olshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuch, 3. Aufl. 1890.

Oppenhoff, Erläuterungen zum preußischen Strafgesetzbuch, 1864.

Oppenhoff, Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich, 11. Aufl. 1888.

Oppenhoff, Die Rechtssprechung des preußischen Obertribunals in Strafsachen, 1861 ff.

Pezold, H., Die deutsche Strafrechtspraxis, 1877.

Quistorp, Grundsätze des deutschen peinlichen Rechtes, 1796.

Rechtssprechung des deutschen Reichsgerichts, herausgegeben von der Reichsanwaltschaft.

Rubo, C., Strafgesetzbuch für das deutsche Reich, 1879.

Rüdorff, Strafgesetzbuch für das deutsche Reich mit Kommentar, 2. Aufl. 1877.

Saalschütz, Das mosaische Recht, 1853.

Schicker, Gewerbeordnung für das deutsche Reich, 3. Aufl. 1892.

Schütze, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 2. Aufl. 1874.

Schwarze, Kommentar zum Strafgesetzbuch für das deutsche Reich, 4. Aufl. 1879.

Schwarze, Allg. Gerichtszeitung für Sachsen, abgeschlossen mit Bd. 25.

Simonson, Der Begriff des Vorteils, 1889.

Temme, J. D. H., Lehrbuch des preuß. Strafrechts 1853.

Tittmann, C. A., Handbuch der Strafrechtswissenschaft, 1822—24.

Wächter, C. G., Lehrbuch des römisch-deutschen Strafrechts, 2. Tl. 1826.

Wahlberg, Kl. gesammelte Schriften über Strafrecht, 2. Bd. 1877.

Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft von Dochow und Liszt, 1881 ff.

Zimmerle, Die deutsche Strafrechtspraxis, II. Bd. 1880.

Zöpfl, Heinrich, Deutsche Rechtsgeschichte, 3. Aufl. 1858.

Weiter benützte Schriften sind bei den einzelnen Fragen angegeben.

I. Einleitender Teil.

§ 1.

Das Delikt der Untreue im System des Strafrechts.

1. Unter „Treue", welches Wort anerkanntermaßen der nämlichen germanischen Wurzel entstammt, wie der Ausdruck „trauen", versteht man etymologisch im allgemeinen Gesinnungsbeständigkeit bezw. Zuverlässigkeit des Charakters. Unter diesem Begriff ist eine Tugend des Menschen zu verstehen, welche in seinen Beziehungen, die er zu anderen Menschen hat, sich offenbart. Deshalb ist auch das konträre Gegenteil „Untreue" an sich von einer entsprechend weitgehenden und umfassenden Bedeutung; es bezeichnet spezifisch die Verletzung von Verhältnissen zwischen mehreren Personen, die auf eine persönliche Zuversicht, welche letztere zu einander haben, begründet sind. Der Terminus gehört ursprünglich und in seinem natürlichen Umfang der Sittenlehre an. Vom moralischen Standpunkt aus erscheinen sehr viele Handlungen als Untreue, ohne daß dieselben zugleich kriminell oder überhaupt strafbar sein würden, ja ohne daß sie überhaupt rechtliche Bedeutung beanspruchen können. Es braucht ja nicht weiter hervorgehoben zu werden, daß das Recht nach dem alten Spruch „Gedanken sind zollfrei" die rein innerlichen und nach außen sich nicht dokumentierenden Gesinnungen von Treue oder Untreue, welche jemand in den bezeichneten Verhältnissen hat, nicht beachtet und auch nicht die Aufgabe haben kann, diese zu kontrollieren und eventuell zu ahnden. Ferner ist es einleuchtend, daß das Recht auch die, wiewohl äußerlich zum Ausdruck gebrachte, Untreue in Verhältnissen, welche ganz außerhalb des Rechtslebens liegen, z. B. die Verletzung der Freundschaft als solcher ignoriert. Dagegen darf das Strafrecht gegenüber der Untreue in rechtlich geordneten Verhältnissen, namentlich Verträgen, jedenfalls keine durchaus gleichgiltige

Stellung einnehmen, sondern es hat dasselbe zweifellos wenigstens in einem gewissen Umfang dagegen zu reagieren. Auf diese Weise wird ein Deliktsbegriff der Untreue notwendig.

Es wird sich nun im folgenden nur um die Untreue im engern Sinn handeln. Zur Abgrenzung von dem in seiner Strafwürdigkeit bestrittenen Vertragsbruch i. e. S. besteht diese Untreue i. e. S., soweit sich dieselbe überhaupt gegen Verträge und nicht gegen bloß vertragsähnliche Verhältnisse richtet, nicht in der einfachen Nichterfüllung von Verträgen, sondern in der positiven Verletzung derselben. Daß sich diese Untreue mithin innerhalb gewisser Grenzen sehr wohl zum Rechtsbegriff eignet, wird heutzutage niemand mehr bestreiten und wird es deshalb heute, nachdem eine derartige Deliktskategorie sich trotz der Präexistenz von Unterschlagung und anderen Vergehen als wahres Bedürfnis geoffenbart hat, nicht mehr erforderlich sein, die entgegengesetzte Meinung, welche Schwarze einst in seiner Kritik des preußischen Strafgesetzentwurfs [1]) erklärt und in welcher er der Untreue die Existenzberechtigung als eines juristischen Terminus abgesprochen hat, zu widerlegen. Der Zivilzwang, welcher unter Umständen — insbesondere bei gänzlicher Vermögenslosigkeit des Schuldigen — ergebnislos ist, genügt zur energischen Bekämpfung der Untreue nicht; noch weniger läßt sich durch Verwaltungsmaßregeln ein genügender Schutz gegen Untreue versprechen. Und zwar besteht die Notwendigkeit für das Bestehen eines selbständigen Deliktsbegriffs der Untreue. Denn es ist gleichermaßen heutzutage anerkannt, daß nicht etwa dadurch ein selbständiger Deliktsbegriff der Untreue ersetzt werden kann, daß man (vgl. den § 246, 2. Fall St.G.B.) aus dem Vertrauensbruch einen erschwerenden Umstand der Unterschlagung bezw. eines derselben verwandten Delikts macht. Denn es würde dann zweifellos dennoch eine Reihe von Fällen straffrei bleiben, in welchen zwar der nämliche strafwürdige Vertrauensmißbrauch, nicht aber die Voraussetzungen der Unterschlagung bezw. anderer eben gemeinter Delikte vorliegen, wie z. B. dann, wenn ein Vormund in absichtlicher Benachteiligung des Pupillen ein Rechtsmittel für denselben einzulegen unterläßt. Auch ist es an sich unpassend, die Verletzung des gerade in Deutschland seit Alters so hoch geschätzten Treueverhältnisses bloß als Strafzumessungsgrund zu berücksichtigen.

---

1) Vgl. Beseler, Komm. S. 468.

2. Die vorliegende Schrift beschäftigt sich nur mit der nach dem positiven Recht strafbaren Untreue. Sie geht vom heute geltenden nationalen Kriminalrecht aus und beschränkt sich im wesentlichen auf dasselbe, indem die Entwicklungsgeschichte des Deliktsbegriffs und die Anführung ausländischen Rechts, wenigstens der Hauptsache nach, nur zur Illustration und zur besseren Kennzeichnung des Charakters der „Untreue im deutschen Strafgesetzbuch" dienen soll.

3. Im heutigen deutschen Strafgesetzbuch sind immerhin eine Anzahl strafbarer Handlungen aufgenommen, welche sich alle als Untreue bezeichnen ließen. Ausdrücklich als Untreue betitelt ist das Delikt des § 266. Diese Gesetzesstelle lautet: „Wegen Untreue werden mit Gefängnis, neben welchem auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden kann, bestraft:

1) Vormünder, Kuratoren, Güterpfleger, Sequester, Massenverwalter, Vollstrecker letztwilliger Verfügungen und Verwalter von Stiftungen, wenn sie absichtlich zum Nachteil der ihrer Aufsicht anvertrauten Personen oder Sachen handeln.

2) Bevollmächtigte, welche über Forderungen und andere Vermögensstücke des Auftraggebers absichtlich zum Nachteil desselben verfügen.

3) Feldmesser, Versteigerer, Mäkler, Güterbestätiger, Schaffner, Wäger, Messer, Bracker, Schauer, Stauer und andere zur Betreibung ihres Gewerbes von der Obrigkeit verpflichtete Personen, wenn sie bei den ihnen übertragenen Geschäften absichtlich diejenigen benachteiligen, deren Geschäfte sie besorgen.

Wird die Untreue begangen, um sich oder einem Anderen einen Vermögensvorteil zu verschaffen, so kann neben der Gefängnisstrafe auf Geldstrafe bis zu dreitausend Mark erkannt werden".

Abgesehen von § 266 könnte man als Untreuedelikte noch anführen: diejenigen der §§ 92 Nr. 3 (Vertrauensbruch bei Ausführung von Staatsgeschäften) und § 356 (sog. Prävarikation von Rechtsbeiständen); vgl. auch den Eidesbruch (§ 162) und die Delikte der §§ 289, 290, 300 u. s. w., den Ehebruch und dergleichen. Es leuchtet ein, daß diese Reate, wenn sie auch die Verletzung eines Treueverhältnisses zum gemeinsamen Merkmal haben, doch im übrigen so sehr unter sich verschieden sind, daß es unmöglich wäre, sie systematisch zu Einer Gruppe zu vereinigen. Richtig ist es, wenn die Untreue bei der Ausführung von Staatsgeschäften wegen

ihrer wesentlichen Bedeutung als eine Art des Landesverrats behandelt wird. Dagegen ist Liszt, Lehrbuch des Strafrechts § 104 VII. und Schütze, Strafrecht S. 477 darin beizustimmen, daß sie die Aufnahme der sog. Prävarikation unter die Amtsdelikte für verfehlt halten. Es ist die Stellung der Prävarikation unter die Amtsdelikte deshalb anzufechten, weil die Subjekte dieses Deliktes, als welche „Advokaten, Anwälte und andere Rechtsbeistände bezeichnet werden, seit der allgemeinen Freigebung der Rechtsanwaltschaft in Deutschland durchweg gar keine amtlichen Personen sind, wie denn auch das Strafgesetzbuch selbst im § 359 die Advokaten und Anwälte von dem Kreis der Beamten absondert. Allerdings können nach den Normen der Strafprozeßordnung (§§ 138 und 144 Abs. 2) auch Beamte, namentlich Rechtslehrer an deutschen Hochschulen, unbedingt zu Verteidigern und damit zu Rechtsbeiständen i. S. des St.G.B.'s gewählt, bezw. (Justizbeamte) zu solchen bestellt werden. Allein damit ist nur gesagt, daß dieselben vermöge ihres Amtes als zur Ausübung dieser Rechtsbeistandschaft gesetzlich befähigt gelten, keineswegs aber, daß sie die Rechtsbeistandschaft selbst in ihrer Eigenschaft als Beamte wahrnehmen. Am geeignetsten würde die Prävarikation neben die Fälle der Z. 1 und 3 des § 266 St.G.B.'s gestellt, indem beiderlei Vergehen sich als Untreue gegen die Person im allgemeinen (s. u.) darstellen. Nur darf man nicht soweit gehen, wie z. B. das Strafgesetz von St. Gallen im Art. 173 Z. 1, welches nicht bloß neben einander, sondern in einem Satze zugleich mit einander die Untreue von Anwälten, Rechtsagenten, Vormündern behandelt, obwohl die Verhältnisse dieser Personen nicht so eng zusammenpassen.

Auch wenn man zu den sogenannten Verbrechen und Vergehen im Amt nicht bloß die Delikte von Beamten, sondern auch solche von andern öffentlichen Funktionären i. w. S. rechnet, empfiehlt es sich m. E. dennoch, die Prävarikation neben die Delikte nach § 266 Z. 1 und 3 zu stellen, da dort ja auch öffentliche Funktionäre in Betracht kommen und im übrigen eine naheliegende Analogie besteht. Dagegen paßt der auf Untreue der Bevollmächtigten bezügliche § 266 Z. 2, insbesondere wegen seiner rein vermögensrechtlichen Bedeutung (s. § 6 a. A.) nicht neben die anderen Untreuedelikte dieses Paragraphen.

4. Die folgende Abhandlung hat es sich zur Aufgabe gestellt, unter Voraussetzung der geschehenen Kritik über diese verfehlte

Systematik des Strafgesetzbuchs, gerade den oben in seinem vollständigen Inhalt angeführten § 266 St.G.B.'s zu behandeln, weil einmal das Strafgesetzbuch bezüglich desselben allein von Untreue redet. Es wird daher im folgenden das Wort „Untreue" sich nur auf die Fälle des cit. § beziehen.

5. Es wird darüber gestritten, wohin die Untreue des § 266 im System gehört. Nicht kann dieselbe mit Wahlberg (kleinere Schriften II. S. 186) unter die Delikte gegen die Sicherheit des rechtlichen Verkehrs gestellt werden, denn dann müßte man sie in eine Kategorie mit den Münz- und Urkundendelikten einreihen, zu welchen sie doch zweifellos nicht paßt.

Es wird ferner namentlich darüber gestritten, ob sie den Vermögensdelikten oder den Delikten gegen die Person beizuzählen ist. Zu antizipieren ist hier, daß, wie bereits angedeutet ist und unten näher auszuführen sein wird, das Delikt der Z. 2 des § 266 lediglich eine vermögensrechtliche Bedeutung in sich greift, während die Ziffer 1 und 3 des § 266 auch auf Zufügung eines anderen als eines Vermögensschadens zu beziehen sind. Es könnte nun trotzdem daran gedacht werden, die Untreue überhaupt zu den Delikten gegen die Person zu rechnen, da auch die Untreue gegen das Vermögen als Untreue gegen die Person im weiteren Sinne aufgefaßt werden kann; dies würde jedoch sicher ungenau und damit unrichtig erscheinen. Ebenso würde es nicht vollständig präzis sein, im Hinblick auf die allerdings überwiegende vermögensrechtliche Bedeutung auch der Fälle von Z. 1 und 3, das ganze Delikt unter die Vergehen gegen das Vermögen einzureihen. Man wird es daher nicht umgehen können zu unterscheiden, indem man die Untreue der Z. 1 und 3 des § 266 unter die Delikte gegen persönliche Rechtsgüter, diejenige der Z. 2 aber unter die Vermögensdelikte subsumiert (so auch H. Meyer in der 3. Auflage des Lehrbuchs).

6. Innerhalb der Vermögensdelikte wird die Untreue der Z. 2 des § 266 am besten neben die Unterschlagung gestellt, welche an anvertrauten Sachen begangen wird, indem dieses Untreuedelikt in etlichen Beziehungen, insbesondere dadurch, daß es auch Forderungen zum Objekt hat (das nähere s. im § 2) die Unterschlagung ergänzt und ergänzen soll. Ganz schief wäre es (wie es im Strafgesetzbuch selbst[2]) geschehen ist), dieselbe in eine Linie

2) und zwar hier sogar bezüglich des ganzen § 266; auch der österr.

neben den Betrug zu stellen. Es ist denn auch fast allgemein anerkannt, daß die Aehnlichkeit beider Delikte eine durchaus unerhebliche ist. Eine Analogie zwischen beiden kann man insbesondere darin nicht finden, daß dem Thatbestand beider Delikte eine Täuschung, der Untreue speziell eine Vertrauenstäuschung, immanent sei; denn bei der Untreue ist eine solche durchaus nicht immer erforderlich; es kann nämlich jemand einer Person, zu welcher er geradezu Mißtrauen hat, aus reinem Leichtsinn oder im Hinblick darauf, daß er sich durch ihre Solvenz gedeckt sieht, einen Auftrag zu einer rechtsgeschäftlichen Verfügung erteilen und macht sich auch die letztere zutreffendenfalls der Untreue schuldig. Als gemeinschaftliche aber durchaus farblose Eigenschaft bleibt nur die bei beiden Delikten vorhandene Unredlichkeit. Eine Vergleichung kann noch eher stattfinden zwischen der erschwerten, der gewinnsüchtigen Untreue und dem Betrug. Aber eine durchgreifende Berührung kann auch zwischen diesen nicht gefunden werden, ohne der Sache Gewalt anzuthun.

Mit Recht ist denn auch das ungarische Strafgesetzbuch über Verbrechen und Vergehen von 1877 dem Beispiel des deutschen Gesetzes nicht gefolgt, sondern hat in richtiger Erkenntnis eines Zusammenhangs zwischen Untreue und Unterschlagung diese beiden Delikte mit einander behandelt. Wenn dasselbe außerdem auch die Verletzung der gerichtlichen Sperre im nämlichen Hauptstück enthält, so kommt dies daher, daß die letztere an die im § 359 des Gesetzes behandelte Unterschlagung gerichtlich beschlagnahmter, aber dem Eigentümer zurückgelassener Sachen sich anschließt. Diese ungarische Systematik ist durchaus unanfechtbar, da in Betracht kommt, daß im Gegensatz zur Untreue des deutschen Strafgesetzbuchs das entsprechende Delikt nach ungarischem Recht schon nach der im jenseitigen Gesetz gebrauchten Bezeichnung „Veruntreuung" und dem sonstigen Wortlaut [2a]) des Gesetzes ausschließlich vermögensrechtliche Bedeutung hat.

7. Wenn man aber die Untreue nach § 266 Z. 2 St.G.B.'s nicht einfach neben die Unterschlagung anvertrauter Sachen, welche sie ergänzt, stellen will, sondern dieselbe unter eine besonders charakteristische Klasse innerhalb der Vermögensdelikte unterbringen

---

Entwurf von 1874 (s. § 3 Nr. 1) stellt in verfehlter Weise Betrug und Untreue in einem Hauptstück neben einander.

2 a) Siehe denselben im § 3 Nr. 1 b.

will, so dürfte es zunächst nicht präzis genug erscheinen, dieselbe, wie es Liszt Strafrecht § 134 thut, einer Kategorie „strafbarer Handlungen gegen Forderungsrechte“ einzureihen. Denn das Delikt richtet sich nicht bloß gegen ein bestimmtes Forderungsrecht oder gegen einzelne bestimmte Forderungsrechte, sondern gegen das ganze zwischen dem Bevollmächtigten und dem Auftraggeber bestehende Vertragsverhältnis. Es ist deshalb richtiger, dasselbe unter die Delikte, welche spezifisch eine Verletzung bestehender Kontraktsverhältnisse enthalten, zu subsumieren. Zufolgedessen wird es auch nicht angängig sein (vgl. dagegen Liszt ib.) von einem Unterschied zwischen dieser Untreue und dem Vertragsbruch zu reden, indem vielmehr diese Untreue als eine bloße spezielle Unterart des Vertragsbruchs erscheint. Schon Feuerbach (Lehrbuch des peinlichen Rechts) stellte diese Untreue eben dahin, nur daß er in zu umständlicher Weise die Hauptgattung unter dem Titel der Verletzung „des Rechts aus“ Verträgen einführte.

Wächter, Lehrbuch des Strafrechts, bildete aus allen Arten der eigentlichen Untreue und weiteren Delikten ein gemeinschaftliches Kapitel mit der Ueberschrift „strafbare Treulosigkeit in privatrechtlichen durch Verträge oder ähnliche Verpflichtungen begründeten Vermögens- und Familienverhältnissen“, eine Systematik, gegen welche sich nur einwenden läßt, daß zu verschiedenartige Deliktsbegriffe (z. B. Eidesbruch, alle Fälle der eigentlichen Untreue, Ehebruch und selbst Bigamie) unter eine einzige Kategorie gebracht sind.

Was endlich neuere Lehr- und Handbücher des deutschen Strafrechts betrifft, so findet sich die ganze Untreue (Z. 1 und 3 § 266 mit eingeschlossen) bei H. Meyer S. 722 ff. und Hälschner, gem. Strafrecht II. S. 391 ff. je unter den Vermögensdelikten in einem mit „Verletzung bestehender Schuldverhältnisse“ überschriebenen Kapitel, worin außer der Untreue der einfache Vertragsbruch, soweit derselbe nach dem geltenden Strafrecht überhaupt bestraft wird, die Vereitelung der Zwangsvollstreckung (St.G.B. § 288) und der Bankerott (Ko.O. §§ 209 ff.) behandelt sind. In der Konsequenz unserer oben dargelegten Ansicht läßt sich jedoch nur die Untreue der Z. 2 § 266 an jener Stelle, dann aber mit Recht neben dem einfachen Vertragsbruch, der Vollstreckungsvereitelung und dem Bankerott unterbringen.

§ 2.

Geschichtliche Entwicklung des Deliktsbegriffs.

Vorauszuschicken ist die Bemerkung, daß deshalb, weil der spezifische Deliktsbegriff der Untreue erst in der neueren Zeit aufgekommen ist, es unmöglich erscheint, in der älteren Geschichte ausschließlich an die Begriffe in den Grenzen der heutigen Terminologie sich zu halten, daß vielmehr auch verwandte Sphären zu berühren sind.

1. Aus dem eigentlichen mosaischen Recht läßt sich nur weniges anführen, das in diesen Zusammenhang passen würde. Aehnliche Verhältnisse, wie diejenigen, auf welche wir die Untreue vorzugsweise beziehen, waren damals zum Teil noch unbekannt. Insbesondere ist in den mosaischen Gesetzen eines Vormundschaftsinstituts nicht gedacht und wird man in der That annehmen müssen, daß dasselbe im hebräischen Altertum als spezielle Rechtseinrichtung nicht vorhanden war, indem man es etwa wegen der damals herrschenden innigen Beziehungen unter dem Kreis der Verwandten entbehren konnte[3]). Auch betreffs der Annahme der Vormundschaft im späteren hebräischen Recht muß man sehr vorsichtig sein. So hat man z. B. in unrichtiger Weise deshalb daran gedacht, den Madachai als Beispiel eines hebräischen Vormunds zu betrachten, da ihn Luther in seiner Bibelübersetzung (Ester II., 7) den Vormund der Ester genannt hat. Es liegt hier zweifellos eine unrichtige Uebersetzung vor, da das betreffende hebräische Wort Omen nicht einen Vormund bedeutet, sondern vielmehr als participium von Aman pflegen „den Pflegenden", Pflegvater bezeichnet, wie denn auch daraus, daß im nämlichen Vers noch erzählt ist, Madachai habe die Ester nach ihrer Eltern Tod zur Tochter aufgenommen, sich die letztgedachte Eigenschaft Madachais als die richtige ergiebt.

Darüber, daß allerdings das Rabbinerrecht in der Folge ein förmliches Vormundschaftsinstitut kennt, vgl. Saalschütz, l. c. § 109 Anm. 1064.

Detaillierte Bestimmungen sind über die widerrechtliche Entziehung von Gegenständen, welche der Eigentümer in die Hut eines andern übergeben hatte, aufgestellt und zwar dahin, daß nach dem

3) Vgl. Michaelis, mos. Recht 2. Tl. § 137 und Saalschütz, das mos. Recht Kap. 107 S. 811 und Kap. 109 S. 832, 833.

2. Buch Mosis 22,8 für den Fall, daß der Hüter selbst der Veruntreuer des Gegenstands war, derselbe wie ein Dieb bestraft werden sollte. Er hatte also gleich jenem in der Regel den zweifachen Wert, als Ersatz inclusive Buße, dem Verletzten zu erstatten [4]). Zudem war bestimmt, daß wenn jemand über diese Untreue Reue empfinde und sich vor Entdeckung derselben freiwillig stelle, er sein Vergehen dadurch sühnen könne, daß er dem Verletzten 1/5 über den Wert bezahle und Gott ein Schuldopfer darbringe. 3. B. Mos. 5,21—26; 4. B. Mos. 5,6—8 vgl. Saalschütz l. c. S. 871 und Kap. 39 S. 327, 328.

2. Für das griechische Recht ist es charakteristisch, daß dasselbe Veruntreuungen anvertrauten Privatguts überhaupt straflos ließ [5]) und den dem Verletzten freistehenden Zivilrechtsweg [6]) als ausreichend erachtete. Es mag dies der griechischen Rechtsanschauung überhaupt entsprochen haben, wonach der Staat im wesentlichen nur das als seine Aufgabe erachtete, für seine eigene Selbsterhaltung zu sorgen, viel weniger aber darauf ausging, die persönlichen Interessen der Einzelnen zu beschützen, wie er denn auch über den Betrug, soweit derselbe nicht in den Bereich der Marktpolizei fiel, keine Strafe verhängte, sondern es nur dem Betrogenen überließ, vor dem Zivilgericht auf Entschädigung zu klagen. Es ging die Gesetzgebung vielleicht auch davon aus, daß in solchen Fällen der Beschädigte an dem erlittenen Schaden selbst mitschuldig sei, weil er unvorsichtig und zu vertrauensselig gewesen sei bezw. sich blindlings habe täuschen lassen [6a]). Wie

4) Vgl. Saalschütz l. c. Kap. 112 S. 867 ff. nam. S. 871; S. 555.

5) Die Unterschlagung öffentlicher Gelder dagegen wurde um so höher bestraft. Demosthenes g. Timokr. 735.

6) Mit Recht bemerkt S. Mayer, die Rechte der Israeliten, Athener und Römer (1862 ff.) Bd. II. § 190 Anm. 27, daß die mehrfach aufgestellte Ansicht, als ob die mit Erfolg angestellte Klage auf Zurückerstattung des hinterlegten, aber veruntreuten Privatguts mit Atimie bedroht gewesen sei, unwahrscheinlich ist. Wäre doch diese Rechtsfolge der Atimie, welche zweifellos als Strafe aufzufassen ist, im Widerspruch zu der allgemeinen attischen Anschauung über die für das Gemeinwohl unwesentliche Bedeutung dieser Veruntreuung gestanden! Möglich ist es, daß die für das Gegenteil angeführte Stelle (Michael Ephesius zu Aristot. Eth. V. p. 77) auf röm. Recht zurückgeht.

6a) Nach Demosthenes g. Midias 528 ist anzunehmen, daß der Staat namentlich auch auf das äußere Moment Wert legte „der Eigentümer habe sein Gut dereinst ja freiwillig dem Veruntreuer übergeben“ und schon deshalb der Untreue keine größere Bedeutung beilegte.

dem sein mag, keiner dieser Gesichtspunkte vermag die Gesetzeslücke zu rechtfertigen. Auch den Athenern war wenigstens so viel klar, daß solche Gesichtspunkte gegenüber den im öffentlichen Interesse aufgestellten Vormündern nicht zutreffen; die Vormünder setzten sich daher nach attischem Recht, im Fall ungetreuer Verwaltung der Bestrafung aus. Ueber das attische Recht gilt in letzterer Beziehung folgendes: Zunächst kommt die Eisangelie wegen sogenannter κάκωσις ὀρφανῶν oder παίδων d. h. wegen übler Behandlung der Unmündigen von Seiten ihrer Vormünder in Betracht [7]). Die κάκωσις bezog sich übrigens keineswegs bloß auf eine vermögensrechtliche Benachteiligung, sondern umfaßte auch die Beeinträchtigung der Person des Mündels überhaupt. Diese κάκωσις konnte im Interesse des Mündels nicht nur von jedem aus dem Volk zum Gegenstand einer Eisangelie vor dem Archon gemacht werden, sondern der Archon selbst war auch von Amtswegen verpflichtet von sich aus für die Waisen zu sorgen und den Vormund, welcher sich wieder sie verging, unter Stellung eines Strafantrags vor Gericht zu stellen bezw. soweit seine eigene Strafgewalt reichte, selbst die Strafe über ihn zu verhängen [8]).

Für einen bestimmten Fall der Benachteiligung der Mündel durch den Vormund, nämlich wenn derselbe das Vermögen der Mündel gar nicht oder zu gering verpachtet hatte, war die Klageform der φάσις vor dem Archonten am Platz, auf Grund deren gleichfalls ein jeder in des Mündels Interesse die Bestrafung seines Vormunds herbeiführen konnte. Vgl. über diese Verpachtung Lipsius I. S. 362 f.

3. Im römischen Rechtssystem wurden sehr viele der hieher gehörigen Fälle nur der Verfolgung im Zivilprozeß überlassen. So war gegen Untreue der Feldmesser durch falsche Messungen die actio in factum vorhanden. Vielfach half der allgemeinere Begriff des furtum aus, welcher denn auch der pönalen Seite der Sache zum Ausdruck verhalf. Jede widerrechtliche Aneignung anvertrauter Güter in gewinnsüchtiger Absicht konnte mit der auf das duplum gehenden actio furti verfolgt werden, sofern nur die Zueignung durch eine körperliche Handlung zum Ausdruck gelangte.

---

7) Der Streit, ob die Klage auch gegen Andere als Vormünder zulässig war (Lipsius, att. Prozeß I. S. 357 Anm. 442), gehört nicht hieher.

8) Böckh Staatshaushaltung der Athener 1. Bd. S. 427. Lipsius l. c. I. S. 57, 58 und 358.

Auch der Gesichtspunkt des depositum führte häufig zu einer Privatstrafe. Denn schon die zwölf Tafeln haben bestimmt, daß derjenige, welcher eine bei ihm deponierte Sache rechtswidrig beschädige, ex causa depositi zur Bezahlung des duplum verpflichtet sei[9]). Und bekannt ist denn auch die Privatsache des doppelten Ersatzes, welche auf die treulose Vorenthaltung eines sog. depositum miserabile gesetzt war.

Es ist ferner sehr zu beachten, daß derjenige, welcher auf eine actio doli, furti, fiduciae, depositi, pro socio, bezw. mandati (directa) wegen doloser Vertragsverletzung verurteilt wurde, zufolge der Verurteilung infamis wurde. Daß aber die „Infamie", welches an sich schon ein starker Ausdruck ist, stets eine Bestrafung und zwar eine sehr intensive Bestrafung des Vertrauensbruchs in diesen Fällen darstellt, kann nicht zweifelhaft erscheinen, wenn man die schweren und unveränderlich fortdauernden Wirkungen derselben, welche in dem Verlust sämtlicher politischer Rechte des römischen Bürgers bestanden haben, in Betracht zieht[10]). Wenn man dazu bedenkt, welch' großes Gewicht jedenfalls in der Zeit vor den Kaisern in Rom auf das politische Leben gelegt wurde, so ist es wohl erklärlich, daß die Infamie damals beinahe der Vernichtung der Persönlichkeit überhaupt gleichgekommen ist. Zu erinnern ist außerdem an die freie Strafgewalt des Zensors, welche häufig ihrer Tendenz, ehrlose Handlungen zu rügen, entsprechend in Fällen der Untreue eingegriffen haben mag.

Gewisse Fälle des Treubruchs wurden zu delicta publica gestempelt. Es kommt hier namentlich das mit poena extraordinaria belegte Delikt der Prävarikation in Betracht, worunter unter Ausdehnung der ursprünglich singulär begrenzten Tragweite i. a. die absichtliche Begünstigung einer Prozeßpartei durch denjenigen, welcher das entgegengesetzte Parteiinteresse zu vertreten übernommen hatte, verstanden wurde[11]).

Außerdem waren der Pekulat und das crimen residui vorhanden. Ersterer wurde durch widerrechtliche Aneignung von Staats- oder Gemeindevermögen begangen. Machte der mit der Verwaltung betraute Beamte sich dessen schuldig, so lag nicht der Pekulat, sondern eben das crimen residui vor, welch' letzteres übrigens

9) coll. legum Mos. et Rom. t. 10 c. 7 § 11.

10) Vgl. darüber: Savigny, System des heutigen R.R. II. §§ 76—83.

11) l. 1 pr. D. (§ 47,15).

auch durch andere Pflichtwidrigkeiten des Beamten hinsichtlich des ihm anvertrauten öffentlichen Vermögens begangen werden konnte, nämlich, wie der Name des Delikts in drastischer Weise andeutet, durch ein Zurückbehalten („zurückbleiben") der öffentlichen Gelder, welche damit nicht zu dem Zwecke verwendet wurden, zu dem sie bestimmt waren.

Ferner wurden in eigentümlicher Weise die Strafen der lex Cornelia de falsis angedroht gegen Depositare von Urkunden, die sich auf einen Rechtsstreit des Hinterlegers mit einem Dritten beziehen, insofern jene dieselben dem letztern verraten haben l. 1 § 5 D. de lege Corn. (48, 10) und l. 38 § 7 D. de poenis (48, 19), sowie gegen Verwahrer einer letztwilligen Verfügung, wenn dieselben ohne Zustimmung des Testierers diese schon zu dessen Lebzeiten eröffneten. l. 21 D. de lege Corn. (48, 10).

Sodann ist es nicht ausgeschlossen, daß Veruntreuungen als solche unter Umständen auch unter den Begriff des crimen stellionatus fielen. Es entsprach zwar der Thatbestand des letzteren im wesentlichen nicht der Untreue, sondern dem Betrug des heutigen Rechts. Allein der Stellionat ging darin nicht völlig auf, vielmehr konnte er sich als ein subsidiärer Verbrechensbegriff überhaupt auf alle rechtswidrig in arglistiger Weise herbeigeführten Vermögensbenachteiligungen beziehen, sofern dieselben nicht andere Kriminalklagen begründeten, so daß er hienach wohl auch in das Gebiet der Veruntreuungen eingegriffen haben mag, ohne daß im gegebenen Fall stets zugleich der Betrug im technischen Sinn des modernen Rechts vorlag. Vgl. l. 3 § 1 D. stell. (47, 2).

Was endlich die Vormünder betrifft, so setzten sich dieselben im Fall der Unterschlagung von Pupillenvermögen der schon auf den zwölf Tafeln beruhenden actio distrahendis rationibus aus und wurden gemäß derselben auf das duplum des veruntreuten Werts verurteilt [12]). Außerdem ist wohl zu beachten, daß an die Verurteilung des Vormunds im judicium tutelae, sofern sie wegen doloser Pflichtverletzung erging, die oben geschilderte Infamie geknüpft war. Es wird zwar häufig gelehrt, daß die Infamie den Vormund selbst wegen bloßer Fahrlässigkeit betroffen habe, allein es widerstrebt nicht bloß dem gesunden Rechtsgefühl der Gedanke, daß diese entehrenden Wirkungen der Infamie auf einen vielleicht

12) Vgl. darüber Rudorff, Recht der Vormundschaft 3. Bd. § 154.

sittlich vortrefflichen, aber geschäftlich einmal unvorsichtigen Menschen fallen konnten, sondern es ist diese Annahme auch quellenmäßig, namentlich durch Donellus comm. XVIII. 8 § 8—13 widerlegt worden, so daß hier nicht weiter darauf einzugehen ist.

In gewissen schwereren Fällen der Pflichtverletzung wurden gegen die treulosen Tutoren und Kuratoren besondere öffentliche Strafen verhängt. Dieselben konnte in Rom und im übrigen Italien nur der praefectus urbi nach seinem Arbitrium extra ordinem festsetzen, an welchen daher der Verbrecher nach geschlossener Untersuchung abgeliefert wurde; in den Provinzen durfte der praeses selbst, der die Untersuchung geführt hatte, die Strafe vollstrecken [12a]). Es geschah dies namentlich, wenn die Vormünder die Güter der Pupillen unter vorsätzlicher Benachteiligung derselben veräußerten oder am Ende ihrer Funktionen einen Teil des Mündelvermögens absichtlich zurückbehielten [13]).

Auch andere schwerere Pflichtverletzungen eines plebejischen Tutors fielen unter diese strenge Strafjustiz des praefectus urbi. l. 1 § 8 D. (26,10) de suspectis tut.

Speziell wurde ein Freigelassener mit jenen härteren Strafen bedroht, wenn er die Tutel über die Söhne seines Patrons treulos führte. l. 2 D. (26, 10).

Endlich gehören noch einige besonders gravierende Fälle hieher, insbesondere der Fall, daß jemand das Mädchen, dessen Tutor er einst gewesen war, zur Unzucht verführte, Handlungen, welche mit der Verbannung auf eine Insel und außerdem mit der Konfiskation des Vermögens bestraft wurden. l. unica C. si quis eam cuius tutor fuerit corruperit (9, 10); l. 6 D. unde vi (8, 4).

Deutsches Recht.

4. Das deutsche Recht bis zur peinlichen Gerichtsordnung von 1532.

a) Was das ältere deutsche Recht anbelangt, so spielt hier dem Nationalcharakter entsprechend von der ältesten Zeit an eine sehr bedeutende Rolle der „Verrat", welcher späterhin, z. B. in Rudolfs I. regensburg. Landfrieden von 1281 c. 26, manchmal auch

12 a) Sueton, Galba c. 9. L. 10 C. de admin. (5, 37).

13) Vgl. l. 1 § 7 D. de officio praef. urbi (1, 12) und l. 9 D. de tutela (26, 1).

als „Untreue" bezeichnet wurde. Dieser Begriff deckte sich nicht mit der Untreue des heutigen Rechts, er bedeutete spezifisch die Tötung, Versetzung in Lebensgefahr ꝛc. ꝛc. derjenigen Person, zu deren Beschützung der Thäter gerade besonders verpflichtet war. Anzuführen ist außerdem: Schwabenspiegel c. 53 (Herr und Mann die sich verklagen), c. 66 (Vormund, der zum Nachteil des Mündels handelt) und c. 87 (Fürsprech, der zum Nachteil der Partei handelt).

b) Dagegen war in charakteristischer Weise nach der richtigen Ansicht gerade derjenige Fall, welchen wir heutzutage wegen der darin ausgedrückten Treulosigkeit vorzugsweise strafrechtlich hervorheben, vom germanischen Recht einer kriminellen Ahndung nicht unterworfen. Denn die widerrechtliche Zueignung der Sache, welche man durch eine Verpfändung, depositum, Arbeitsvertrag oder dergleichen in seinen Besitz bekommen hatte, mit der Verpflichtung, dieselbe dereinst zurückzuerstatten, ist auch dann, wenn der Aneignungswille durch ein äußerliches Verhalten sich manifestiert hatte (gleichwie im griechischen Recht s. o. § 2 Nr. 2), kriminell straffrei gewesen. Es wurde darin überhaupt keine strafbare Handlung erblickt, auch nicht, wie man vor dem Erscheinen der in dieser Richtung überzeugenden Schrift Lönings über den Vetragsbruch [14]) vielfach behauptet hat, ein sogenanntes diebliches Behalten. Auch in der späteren Periode des Mittelalters noch ist der vom Gericht zuzubilligende Schadensersatz in Verbindung mit der innerhalb gewisser Schranken zulässigen Selbsthilfe als ein zur Reaktion dagegen ausreichendes Mittel erschienen [15]). Außerdem kamen allerdings noch Prozeßstrafen in Betracht, welche die bestehende Lücke einigermaßen ausfüllen sollten. Wenn nämlich der Restitutionsbeklagte auf Grund des Zivilrechts zur Zurückgabe verurteilt war und derselbe die Frist, welche ihm das Gericht zur anbefohlenen Restitution gesetzt, vergebens hatte verstreichen lassen, so traten, wenigstens im spätern Mittelalter, Rechtsfolgen ein, welchen die Natur von Prozeßstrafen zukam. Und eine weitere Prozeßstrafe wurde dann verhängt, wenn der zur Erstattung Verpflichtete durch gerichtliches Ableugnen seine widerrechtliche Zueignung an den Tag legte. Eine prinzipwidrige Ausnahme von diesen deutsch-rechtlichen Grundsätzen findet sich

1) für die Zeit der Volksrechte in der lex Visigothorum,

---

14) Richard Löning, der Vertragsbruch im deutschen Recht 1876.

15) Vgl. Löning ib. S. 393 f., 403 mit Anm. 10; 404—406.

Löning § 13, S. 98—100; über das Verhältnis der gedachten Stelle zur lex Baiuvariorum vgl. Löning S. 101, 102,

2) für das Recht des späteren Mittelalters in einem nachträglichen Zusatz zum lübischen Recht. Löning S. 405, 406.

Der Beweis dafür, daß diese Schilderung der deutschen Grundsätze über Vorenthaltung anvertrauten Guts zutrifft, ist durch Löning mit seinem Hinweis auf die umfassenden Quellenbelege geführt und ist insbesondere die sonst mehrfach aufgetauchte Anschauung, als sei das Hinwegführen, Verheimlichen 2c. der zurückzugebenden Sache als „diebliches Behalten" kriminell strafbar gewesen, durch Lönings Ausführungen widerlegt.

Es hatte hienach, um das Ergebnis kurz zusammenzufassen, solches Verhalten fast ausnahmslos in allen deutschen Rechtsgebieten bloß zivilistische Folgen, wozu ergänzend noch etliche Prozeßstrafen hinzugetreten sind. Zuzugeben ist, daß später unter dem Einfluß römisch-rechtlicher Einflüsse diese germanische Anschauungen mehrfach zurückgedrängt worden sind.

c) Um in der Lehre vom Treubruch vollständig zu sein, sei hier noch eine Bemerkung über die sog. Ehrlosigkeit des älteren deutschen Rechts angebracht. Stobbe, deutsches Privatrecht (2. Aufl. Bd. 1 S. 360) läßt für das ältere deutsche Recht an die Verurteilung gerade wegen solcher besonders schwerer Verbrechen, die spezifisch einen Treubruch enthalten, die sog. Ehrlosigkeit anknüpfen. Dieser Satz ist nach zwei Richtungen hin nicht ganz präzis. Zunächst ist es zwar richtig, daß die meisten der Delikte, an welche sich diese Rechtsfolge anschließt, eine Treulosigkeit in sich schließen, wie denn dieser Nachteil über Treulose besonders passend verhängt wurde, aber es trifft dieser Gesichtspunkt nicht bei allen diesen ehrlos machenden Delikten z. B. nicht beim Diebstahl zu [16]).

Ferner sind es nicht bloß besonders schwere Verbrechen, die hier in Betracht kommen, indem vielmehr selbst eine geringe Verletzung der Lehntreue und (im Gegensatz zum römischen Recht s. o.) eine nur fahrlässige Führung der Vormundschaft (!) zur Begründung der Ehrlosigkeit genügten [17]).

Nach dem Wortlaut, wie er bei Stobbe l. c. vorliegt, könnte man glauben, die Ehrlosigkeit sei nur nominell, nicht aber

16) Vgl. Hillebrand, Entziehung der bürgerlichen Ehre 1844 S. 39 Anm. 69.

17) Budde, über Rechtlosigkeit, Ehrlosigkeit und Echtlosigkeit 1842 S. 100.

inhaltlich verschieden von der sog. Rechtlosigkeit, wie sie gleichfalls als Folge von Verurteilungen vorkommt. Dies zu glauben, wäre jedoch, wie schon die gänzlich verschiedenen Beziehungen andeuten, durchaus falsch. Beide Begriffe sind vielmehr selbständig und von einander unabhängig. Worin das Wesen der Ehrlosigkeit, deren prinzipielle Bedeutung schon aus ihrem Namen hervorgeht, im näheren bestand, ist bestritten; es ist hier jedoch nicht der Ort, auf diese Kontroverse weiter einzutreten[18].

d) Anhangsweise ist endlich noch auf das schon berührte spezifisch lehnrechtliche Gebiet kurz einzutreten. Es ist mithin auf die Lehnsuntreue oder sog. Felonie hinzuweisen. Unter Felonie, einem aus Frankreich zunächst nach England importierten Ausdruck, begreift man eine Anzahl von gesetzlich fixierten Handlungen, wodurch das auf Vertrag oder Gesetz beruhende Lehnsverhältnis verletzt wird, sei es von Seiten des Lehnsherrn oder insbesondere von Seiten des Vasallen. Auf Grund der Felonie kann gegen den Vasallen die Privationsklage erhoben werden und wird sodann gegen ihn auf Verlust des Lehns erkannt, während im Fall der anderen Alternative der Lehnsherr sich seine Lehnsherrlichkeit verwirkt. Darauf, ob die Verwirkung der Lehn bezw. der Lehnsherrlichkeit eine eigentliche Strafe darstellt, ist in anderem Zusammenhang zurückzukommen (s. u. § 9, B. 5).

5. Die deutsche Gesetzgebung des 16. Jahrhunderts.

a) Noch in der Bambergensis und in der peinlichen Halsgerichtsordnung Kaiser Karls V. von 1532 war das oben erwähnte altdeutsche Delikt des Verrats bezw. der Verräterei enthalten (Art. 124 Car.). Was speziell die Carolina betrifft, so kommt in derselben außerdem auch die an das römische Recht sich anlehnende Prävarikation vor[19]) (A. 115).

Manche[20]) haben diesen Artikel 115, welcher seinem Wortlaut nach lediglich die Prävarikation der Prokuratoren behandelt, nicht bloß auf Advokaten, sondern überhaupt auf alle diejenigen,

---

18) Vgl. darüber: Eichhorn, Staats- und Rechtsgeschichte § 349. Hillebrand l. c. S. 34 ff. Gerber, deutsches Privatrecht § 39 N. 11.

19) Als Delikt „der Prokuratoren, so ihren Parteien zu Nachteil gefährlicher Weise den Widerteilen zu gut handeln“.

20) Vgl. nam. Stelzer, Lehrbuch der T. Kr. R. 1797 § 679. Tittmann, Handbuch der Strafrechtswissenschaft § 497.

denen ein Schutz anderer in deren Rechtsangelegenheiten obliege, insbesondere auf Tutoren und Kuratoren ausgedehnt, ja Quistorp, Grundsätze des peinlichen Rechts § 430, wollte den Artikel sogar auf alle als quasipraevaricatores anwenden, welche überhaupt auf treulose Art und Weise ihre Pflichten verletzen, so daß er u. a. Feldmesser und Schätzer hieher rechnete, die es mit einem Teil halten.

Daß dieses, wie Wächter Strafrecht II. § 209 Anm. 40 a. mit Recht bemerkt, Ausdehnungen gegen das Gesetz waren, ist bei dessen Wortlaut, insbesondere der bekannten technischen Bedeutung des Ausdrucks „Prokuratoren", welch' letztere von der G.O. allein als Subjekte des Delikts bezeichnet sind, bestimmt anzunehmen; daß denn auch die bezeichneten Schriftsteller nicht sicher waren, ob diese Ausdehnungen nicht über die Fälle, welche das Gesetz treffen wollte, hinausgehen, ergiebt sich daraus, daß sie auf die Fälle solcher Extension den technischen Ausdruck praevaricatio nicht anzuwenden wagten, sondern regelmäßig hier von quasipraevaricatio redeten.

Vor allem ist die P.G.O. durch den Fortschritt bemerkenswert, daß sie die an anvertrauten Sachen begangene Treulosigkeit im Gegensatz zum vorherigen deutschen Recht (s. oben 4 b.) im Art. 170 kriminalisiert hat. Die Bestimmung darüber lautet: „Welcher mit eines andern Gütern, die ihm in gutem Glauben zu behalten und verwahren gegeben seien, williger und gefährlicher Weise dem Gläubiger zu Schaden handelt, solch' Missethat ist einem Diebstahl gleich zu strafen". Die Tragweite dieser Norm ist stets bestritten gewesen. Auch sie hat man, um nur eines anzuführen, gleich wie die eben besprochene Prävarikation, irrtümlicher Weise auch auf die Untreue der Vormünder anwenden wollen und zwar ist selbst Böhmer, meditationes in C. C. C. Art. 170 § I. soweit gegangen, obwohl nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes die Objekte des Artikels 170 dem Thäter nicht zur Verwaltung, sondern nur „zum Behalten und Verwahren" übergeben sein dürfen.

Die beiden letztgedachten Deliktsarten der Artikel 115 und 170 sind in der Folge sehr praktisch geworden, während der vordem gekennzeichnete Reat der sog. Verräterei, wenigstens in der uns hier allein interessierenden Form der Privatverräterei, mit dem Verfall der auf besonderer Treue beruhenden Lehens- und Feudalverhältnisse außer Anwendung kam.

b) Vorbildlich wurden sodann im Verlauf der Zeit die Reichspolizeiordnungen von 1548 und 1577, indem dieselben im Gegensatz zur Carolina sich ausdrücklich auf die Vormünder bezogen. Durch dieselben wurden dem Vormund im Fall der schuldhaften Pflichtverletzung die Strafen des gemeinen (also römischen) Rechts angedroht. Hieran knüpften die einzelnen Landesgesetzgebungen an[21]). Analog wie die Vormünder wurden in verschiedenen Landes- und Stadtrechten die böslich oder auch nur lässig handelnden Testamentsvollzieher mit Strafe belegt. Vgl. darüber Sickel, die Bestrafung des Vertragsbruchs und analoger Rechtsverletzungen in Deutschland 1876 S. 95.

6. Neues deutsches Recht bis zur Gegenwart.

a) Einen Markstein in der Geschichte unseres Deliktsbegriffs oder vielmehr erst den eigentlichen Anfang der Normierung der Untreue als eines speziellen Vergehens hat das allgemeine preußische Landrecht von 1794 gemacht. Nach demselben, §§ 1329 ff., wurde eine Reihe von einzelnen Handlungen, welchen die Verletzung eines, wenigstens regelmäßig anzunehmenden, Treueverhältnisses gemeinsam charakteristisch war, als „Untreue" zusamengefaßt, sodann unter den qualifizierten Betrug subsumiert und mit dessen Strafe belegt. Sowohl öffentliche Funktionäre, wie untreue Vormünder und Kuratoren, als auch treulose Privatverwalter und Privatbevollmächtigte sind als Subjekte des Delikts genannt, auch die Prävarikation der Rechtskonsulenten war darunter begriffen. Es entstand darüber ein Streit, ob die in diesem Zusammenhang aufgeführten Beispiele erschöpfend seien, oder ob ein allgemeinerer Deliktsbegriff der Untreue i. S. der den einzelnen Beispielen vorangestellten umfassenden Definition des § 1329 geschaffen werden sollte, so daß man auf die ausdrücklich im Gesetz angeführten Fälle nicht beschränkt war. Man wird jedoch bei der zweifelhaften Fassung des Gesetzes über die Grenzen der ersteren Ansicht nicht hinausgehen dürfen.

---

21) Betr. der nachherigen Strafdrohungen speziell des württembergischen Rechts gegen Vormünder s. Landesordnung tit. 35 § 3; tit. 37 §§ 1.4; Staat und Unterricht für Vormünder c. 2 § 4 a. E., c. 4 § 5, c. 6 § 3 und speziell gegen Kassenreste der Pfleger: Kommunordnung von 1758 cap. 15 Abschn. 2 § 3—6 vgl. mit dem Generalreskript vom 22. Juni 1776 (Kapff, Reskriptensammlg. S. 153 f.), welch' letzteres in besonders schweren Fällen der Veruntreuung sogar die Todesstrafe verhängte.

Zu beachten ist sodann die hieher gehörige strafrechtliche Formulierung in Frankreich, insbesondere die Fassung des code pénal Art. 408, da dieselbe auch auf die folgende deutsche Strafgesetzgebung von Einfluß geworden ist. Der code pénal behandelt im Art. 408 als einen Fall des abus de confiance u. a. die Eventualität, daß Wertpapiere oder sonstige im Gesetz näher bezeichnete wichtige Objekte, die als depositum oder zum Zweck einer gegen Bezahlung zu verrichtenden Arbeit jemandem übergeben wurden, unter der Verpflichtung sie zurückzuerstatten oder zu einem bestimmten Zweck zu gebrauchen, zum Nachteil des Eigentümers, Besitzers oder Inhabers bei Seite geschafft bezw. verschleudert werden.

b) Unter dem Einfluß des code pénal gelangte man dann zu der Konstruktion eines selbständigen Vergehens der „Untreue". Das preußische Strafgesetzbuch von 1851 enthielt bekanntlich in dem § 246 bereits ein solches selbständiges spezifisches Delikt der Untreue, in seinem Thatbestand ähnlich demjenigen des § 266 Abs. 1 Z. 1. 3 und Abs. 2 des deutschen Strafgesetzbuchs [22]), dessen Vorbild es war.

Was die spezielle Geschichte dieses Delikts des preußischen Strafgesetzbuchs betrifft, so fanden in den Vorberatungen und Vorarbeiten viele Schwankungen in Bezug auf die Fassung desselben statt. Insbesondere ist hervorzuheben, daß der erste Entwurf pr. St.G.B.'s sowohl die Untreue der öffentlichen zur Beglaubigung eingestellten Personen, als auch diejenige von Privatbevollmächtigten in sich aufnahm, daß u. a. noch ein Entwurf von 1847 wenigstens auf Gewerbegehilfen, Dienstboten, sog. Haus- und Wirtschaftsbeamte u. s. w. sich erstreckte. Der Entwurf von 1850 strich nun das ganze Delikt der Untreue aus. Doch wurde dasselbe durch die Kommission der II. Kammer wieder aufgenommen, da dieselbe richtig erkannte, daß die bestehenden Bestimmungen über die Vermögensdelikte, namentlich über die Unterschlagung, die Zahl der strafwürdigen Treubrüche nicht erschöpfen und sie wohl eingesehen hat, daß das Strafrecht schon im Anschluß an die altgermanische Anschauungsweise speziell die Verletzung von Treue und Glauben durch Aufstellung eines weiteren und zwar selbständigen Deliktsbegriffs berücksichtigen müsse. Von dieser Kommission wurde denn

---

22) Der Wortlaut des § 266 deut. St.G.B.'s wurde oben § 1 Nr. 3 angeführt.

die Aufstellung der Untreue, wenn auch mit Beschränkung auf unter öffentlicher Autorität wirkende Subjekte, im Gesetz veranlaßt und herbeigeführt. Sie wurde im Gesetz in einem eigenen ihr gewidmeten Titel behandelt. Der Ausschluß der Untreue bloßer Bevollmächtigter sollte dadurch begründet werden, „daß das Delikt andernfalls in Gefahr käme zu unbestimmt zu werden und nur durch die Beschränkung auf die Verhältnisse mit öffentlichem Charakter man sicher eine bestimmte objektive Grenze erhalten könne", eine Behauptung, welche petitio principii und durch die heutige deutsche Praxis auf Grund des § 266 Z. 2 deutsch. St.G.B.'s widerlegt ist. Ebenso schief ist der weiter angeführte Grund, „daß, wer mit einem Anderen Privatverträge abschließe, welche auf ein besonderes Vertrauen begründet seien, sich selbst vorsehen möge und ferner, daß es häufig nicht einmal im Interesse des einen Kontrahenten liege, die vom anderen begangene Untreue zu rügen" [23]). Dem gegenüber ist doch geltend zu machen, daß die Strafgesetzgebung auch durch viele sonstige Bestimmungen, wie z. B. diejenige über Betrug in reinen Privatrechtsverhältnissen Schutz gewährt, obwohl die Betrogenen den ihnen erwachsenen Schaden durch Anwendung von Vorsicht hätten abwenden können, und, wenn die Kontrahenten diesen strafrechtlichen Schutz im einzelnen Fall nicht wünschen, solchem Interesse u. E. dadurch Rechnung getragen werden kann, daß das Delikt, soweit dasselbe von Privatbevollmächtigten begangen wird, für nur auf Antrag strafbar erklärt wird. Weshalb diese Stempelung der erwähnten Untreue zum Antragsvergehen nicht angängig sein soll (Beseler, Komm. zu § 246 II. c.) ist lediglich nicht einzusehen [24]).

Was die übrigen neueren deutschen Partikularrechte betrifft, so standen sie, wie z. B. Württemberg 1839 (Art. 347 und 353), teilweise noch auf dem Standpunkt, daß sie die Verletzung eines

---

23) Bericht der Kommission für Prüfung des Entwurfs des Strafgesetzbuchs für die preußischen Staaten zu § 222 a. Entw. (246 Ges.).

24) In der That hat z. B. auch der § 361 des ungarischen Strafgesetzbuchs von 1877, welcher die Veruntreuung von Privatbevollmächtigten enthält, ausgesprochen, daß das Strafverfahren nur auf Antrag der verletzten Partei eingeleitet werden könne. Vgl. auch die österr. Entwürfe von 1874 und 1881.

Zu weit dagegen geht das St.G.B. des Kantons St. Gallen von 1885 Art. 173 Z. 1 vgl. mit dem letzten Absatz dieses Artikels, wonach der u. a. unserer Untreue entsprechende Vertrauensmißbrauch, selbst wenn Vormünder die Thäter sind, nur auf Klage des Verletzten verfolgt wird.

Treueverhältnisses bloß als Erschwerungsgrund der Unterschlagung bezw. des Betrugs rc. behandelten, teils aber verliehen sie der Untreue mehr oder weniger Selbständigkeit. Erwähnenswert in letztgedachter Beziehung erscheinen insbesondere das bairische Recht in den Strafgesetzbüchern von 1813 und 1861 und das sächsische Recht in den Strafgesetzbüchern von 1855 Art. 287 Abs. 2 und 362 [25]) und von 1868 Art. 287 Abs. 2 und 371.

c) Was endlich das deutsche Reichsstrafgesetzbuch betrifft, so hatte der erste Entwurf zu demselben, gleichwie der demselben vorausgegangene Privatentwurf des Professors John, im Anschluß an das preußische Recht nur die Untreue von mit öffentlichem Vertrauen ausgerüsteten Personen vorgesehen, jedoch wurde in der Bundeskommission auf den Antrag von Schwarzes nach dem übrigens nicht unverändert gelassenen Muster des Art. 287 Abs. 2 der sächsischen Strafgesetzbücher (s. oben Anm. 25) die Untreue von Bevollmächtigten hinzugefügt. Es hatte sich vorher als unabweisbares Bedürfnis herausgestellt, neben den Fällen von Untreue der öffentlichen Funktionäre, wie sie schon im § 246 Z. 1 und 2 des preußischen Strafgesetzbuchs enthalten waren, noch die Untreue von Privatbevollmächtigten aufzunehmen. Es war nämlich in der preußischen Praxis als Mangel empfunden worden, daß im preußischen Strafgesetzbuch die rechtswidrige Disposition von Privatpersonen über fremde Vermögensrechte, namentlich Forderungen, nicht ausdrücklich unter Strafe gestellt war und hatte daher das pr. Obertribunal [26]) zu dem zweifellos verfehlten Ausweg gegriffen, wenigstens auch Forderungen unter den Begriff „Sachen" des § 225 preuß. Strafgesetzbuchs zu bringen und die bezeichnete Handlung als Unterschlagung zu strafen. Außerdem konnte man mit der Gesetzesbestimmung über Unterschlagung auch die rechtswidrige Verfügung über eine fremde körperliche Sache nicht immer

25) Der für den § 266 Z. 2 des deutschen St.G.B.'s vorbildliche Art. 287 Abs. 2 der sächsischen Strafgesetzbücher von 1855 und 1868 lautet: „Der Unterschlagung ist es gleichzuachten, wenn ein Geschäftsführer über Forderungen od. andere Vermögensstücke des Geschäftsherrn, welche er nicht im Besitz hat, in gewinnsüchtiger Absicht zum Nachteil des Geschäftsherrn verfügt". Der Art. 362 des sächs. St.G.B.'s von 1855 hat sodann in unpassender Weise den Amtsmißbrauch der gewiß singulär dastehenden Klasse der Staatsdiener in eine Linie mit der Untreue „anderer in besonderen öffentlichen Pflichten stehender Personen" gestellt.

26) v. Steemann, Unterschlagung und Untreue S. 15 f.

treffen, namentlich dann nicht, wenn die letztere außerhalb des Besitzes oder Gewahrsams des Thäters sich befand. Diese Gesetzeslücken suchte man durch Schaffung des auch auf Vermögensrechte, insbesondere auf Forderungen, sowie auch körperliche Sachen, die nicht im Besitz des Thäters sind, bezüglichen § 266 Z. 2 St.G.B.'s zu überbrücken. Endlich gedachte man noch in einer anderen Beziehung die Unterschlagung durch Aufnahme der Untreue von Bevollmächtigten zu ergänzen. Man hatte nämlich den unstreitig strafwürdigen Fall im Auge, wo der Bevollmächtigte die von einem Anderen ihm übergebene Sache, die er hernach an den Auftraggeber abliefern sollte, statt dessen sich zueignet und für sich behält, aber trotzdem einer Unterschlagung nicht schuldig ist, weil er nach den Grundsätzen des betr. Zivilrechts die Sache vom Dritten in sein Eigentum tradiert erhalten hatte und die eigene Sache nicht Objekt einer Unterschlagung sein kann. Auch hier sollte das Untreuedelikt der Z. 2 § 266 ergänzend eingreifen. In wie weit dieser Zweck der Lückenausfüllung erreicht worden ist, wird sich unten (§ 6, III. 3) herausstellen.

Auf die geschilderte Weise entstand im deutschen Strafgesetzbuch die Norm über Untreue auch von Privatbevollmächtigten.

Hier sei darauf hingewiesen, daß der Grund, welcher für die hervorragende Bedeutung der Untreue von öffentlichen Funktionären im Gegensatz zu derjenigen von Privatbevollmächtigten oft vorgebracht wird, daß man nämlich auf die ersteren angewiesen sei und sich mit ihnen einlassen müsse, was bei Privatbevollmächtigten nicht zutreffe, zwar richtig ist, jedoch, wenigstens heutzutage, nicht lediglich und unter allen Umständen, indem man heutzutage, um nur ein Beispiel anzuführen, auf die publizistischen Mäkler des H.G.B. durchaus nicht beschränkt ist. Immerhin ist natürlich heute noch die Strafdrohung gegen öffentliche Funktionäre ein dringenderes Bedürfnis, als diejenige gegen die Privatbevollmächtigten, da die ersteren in Folge ihrer Stellung, kraft der ihnen öffentliches Vertrauen zukommt, eher schädlich wirken können, als andere, denen man nicht so leicht Glauben und Zutrauen schenkt.

Die Bestimmungen über Untreue der Personen mit publizistischem Charakter bilden die Z. 1 und 3 des § 266 des St.G.B., während die Untreue von „Bevollmächtigten" die Z. 2 desselben darstellt. Erschwert ist das Delikt in allen drei Fällen, wenn der Thäter dabei die Absicht hatte einen Vermögensvorteil zu erlangen.

§ 3.

Ausländisches Recht der Gegenwart.

1. Oesterreich-Ungarn.

a) Im österreichischen Strafgesetzbuch von 1852 ist ein allgemeines Vergehen der Untreue nicht begriffen. Denn auch die Veruntreuung im S. der §§ 181 ff. desselben bezieht sich nur auf die widerrechtliche Vorenthaltung oder Zueignung von anvertrautem Gut [27]).

Daß der Begriff des Beamten im österreichischen Strafgesetzbuch besonders weit gefaßt sei, so daß gerade zu Folge dieses Umstands, wie Wahlberg, kleinere Schriften, 2. Bd. S. 200, annimmt, zahlreiche Fälle der Untreue unter die Kategorie von Amtsdelikten fallen würden, ist eine sehr mit Vorsicht aufzunehmende Behauptung; hält sich doch der jenseitige Beamtenbegriff (i. S. von § 101 öst. St.G.B.) durchaus in den Grenzen desjenigen nach § 359 deutsch. St.G.B.'s.

Richtig ist dagegen, daß als Subjekte des Amtsmißbrauchs noch weitere Personen als die Beamten i. S. der bez. Definition figurieren können und auf diese Weise der Mangel eines spezifischen Delikts der Untreue vielleicht etwas weniger empfindlich wird.

Als dem österreichischen Strafrecht eigentümlich sind endlich zu beachten die §§ 417, 418 öst. St.G.B.'s, welche die Mißhandlung der Mündel von Seiten ihrer Vormünder unter eine besondere Strafsanktion stellen. — Spezifische Reate der Untreue finden sich nun in den österr. Strafgesetzentwürfen von 1874 und 1881.

Ein sehr umfassendes, wenn auch leider die vermögensrechtliche Sphäre nicht überschreitendes Delikt der Untreue findet sich im österreichischen Strafgesetzentwurf von 1874. Die von neuen Gesichtspunkten ausgehende Bestimmung lautet wörtlich:

§ 291. „Wer fremde Vermögensrechte, welche seiner Obsorge anvertraut sind, absichtlich preisgiebt oder in Fällen, wo er glaubt, dies aus Gründen der Billigkeit oder anderen berücksichtigenswerten Gründen redlicher Weise thun zu können, sich der

27) Uebrigens reicht dies Delikt über die Grenzen der Unterschlagung des deutsch. St.G.B.'s hinaus, wie aus dem Wort „vorenthalten", das neben „zueignen" alternativ gebraucht ist, sich ergiebt.

ihn treffenden Verantwortung durch Verheimlichung zu entziehen sucht, wird wegen Untreue mit Gefängnis oder an Geld bis zu 2000 fl. bestraft.

Wird die Untreue um eigenen Vorteils willen begangen, so kann Zuchthaus bis zu fünf Jahren, womit Geldstrafe bis zur doppelten Höhe des erlangten Vorteils verbunden werden kann, verhängt werden.

Die Untreue wird nur auf Grund einer Privatanklage bestraft, es wäre denn, daß sie von einem Beamten, Vormund, Kurator, Sequester oder überhaupt von einem zur Besorgung fremder Geschäfte öffentlich Bestellten oder dafür öffentlich Beglaubigten oder von einem Mitglied des Vorstands oder Aufsichtsrats einer Aktiengesellschaft, einer Kommanditgesellschaft auf Aktien, einer Erwerbs- oder Wirtschaftsgenossenschaft in dieser seiner Eigenschaft begangen wurde".

Der Thatbestand dieses Delikts der Untreue leidet, wie schon Schwarze[28]) mit Recht betont hat, in dem zweiten Fall der Alternative (oder in Fällen ...... zu entziehen sucht) an einer bedenklichen Unklarheit und ist man außerdem durch Aufstellung dieses zweiten Falls zu weit in der Kriminalisierung der Handlungen vorgegangen. Schwarzes Bemerkungen (l. c.) zu diesem Paragraphen sind im allgemeinen zutreffend, jedoch ist es ungenau, wenn er bemerkt, daß der Entwurf die Fälle der Untreue im deutschen Gesetzbuch als besondere Fälle neben der allgemeinen Bestimmung hervorhebe und bei ihnen das Verfahren von Amtswegen vorschreibe. Denn abgesehen davon, daß dies auch in anderer Beziehung nicht stimmt, sind durch diesen österreichischen Entwurf jedenfalls auch zahlreiche Fälle des deutschen Strafgesetzbuchs (§ 266 Z. 2!) zu Antragsdelikten gestempelt worden.

Man hat nun auch in Oesterreich eingesehen, daß der bez. Thatbestand dieses Entwurfs wegen seiner Unklarheit und übermäßigen Tragweite unbrauchbar sei und enthält nun an seiner Stelle der neue Entwurf aus dem Jahr 1881 eine verbesserte Redaktion dieses Deliktsbegriffs. Die Untreue besteht nunmehr darin, daß jemand fremde Vermögensrechte, die seiner Obhut anvertraut sind, absichtlich preisgiebt, „insofern dies nicht unter

---

28) Bemerkungen zu dem Entwurf des Strafgesetzbuchs für Oesterreich, Wien 1875 S. 111.

Umständen geschieht, wegen deren er glaubte, dies aus Billigkeit oder anderen berücksichtigenswerten Gründen redlicher Weise thun zu können".

Zu bedauern bleibt, daß der schon im Jahr 1876 von Geyer[29]) mit Recht wegen seiner Unbestimmtheit angefochtene Ausdruck „preisgeben", gleichwohl in diesem Entwurf wiedergekehrt ist.

Neu ist die zweckmäßige Bestimmung, daß neben der Strafe auf eine Buße an den Verletzten erkannt werden kann.

b) In Ungarn gilt bekanntlich seit dem 1. September 1880 nicht mehr das österreichische Strafgesetzbuch von 1852, sondern ein eigenes dem Geiste der Zeit mehr angepaßtes Strafgesetz. Dasselbe begreift in den §§ 361—364 das Delikt der „Veruntreuung". Der Inhalt dieser ungarischen Gesetzesvorschriften lautet in der deutschen Uebersetzung:

„§ 361. Wer mit der Verwaltung, Kuratel oder Aufsicht über ein fremdes Vermögen betraut ist und in dieser Eigenschaft demjenigen, dessen Interesse er zu fördern verpflichtet ist, mit Wissen und Willen einen Vermögensnachteil bereitet, begeht das Vergehen der Veruntreuung und ist mit Gefängnis bis zu drei Jahren zu bestrafen. Das Strafverfahren kann nur auf Antrag des Verletzten eingeleitet werden.

§ 362. Wenn aber das Vergehen der Veruntreuung durch einen Vormund, Kurator, Sequester, Masse- oder Stiftungskurator, Testamentsvollstrecker, Mitglied der Direktion oder des Aufsichtsrats einer Aktiengesellschaft oder Genossenschaft oder überhaupt durch eine solche Person, welche behördlich mit der Verwaltung fremden Vermögens betraut oder dazu behördlich ermächtigt ist, in Bezug auf sein Amt oder seine Stellung begangen wird, so ist das Strafverfahren von Amtswegen einzuleiten.

§ 363. Die Veruntreuung bildet ein Verbrechen und ist mit Kerker bis zu fünf Jahren zu bestrafen, wenn sie zu dem Zweck verübt wird, damit der Thäter dadurch sich oder einem Anderen widerrechtlich einen Vermögensvorteil verschaffe.

§ 364. Im Falle einer Veruntreuung ist neben der Freiheitsstrafe auch auf Amtsverlust zu erkennen".

Das ungarische Gesetz hat sich in ähnlicher Weise, wie es bei

---

29) Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht von Grünhut 3. Bd. S. 211 f.

den besprochenen österreichischen Entwürfen der Fall ist, zu enge Grenzen für seine Wirksamkeit gesetzt. Denn einerseits hat sich dasselbe hier leider auf die vermögensrechtliche Sphäre beschränkt und nicht auch auf Treubruch durch persönliche Benachteiligung, der unter Umständen noch verwerflicher erscheint, erstreckt, andererseits fehlt es überhaupt an einer Bestimmung entsprechend derjenigen der Z. 3 des § 266 des deutschen St.G.B.'s gegenüber den Ueberschreitungen der Mäkler, Feldmesser ꝛc. Daß in der letztgedachten Hinsicht, wie S. Mayer[30]) erachtet, die gewöhnlichen Normen über die Unterschlagung, den Betrug und dergleichen ausreichen würden, ist nicht richtig; denn es bleibt dann noch eine größere Anzahl von Handlungen dieser Personen übrig, in welchen keine Unterschlagung und dergleichen zu finden ist, die aber gleichwohl um nichts weniger strafwürdig erscheinen.

c) Das seit 1881 in Kraft getretene Strafgesetz über Verbrechen und Vergehen für Bosnien und die Herzegowina schließt sich fast wörtlich an das österreichische Strafgesetzbuch von 1852 an. Es bezieht sich daher auch die Veruntreuung i. S. dieses Gesetzes auf die rechtswidrige Zueignung oder Vorenthaltung anvertrauten Guts. Ebenso gilt über den sog. Amtsmißbrauch und endlich auch über die Mißhandlung der Mündel von Seiten ihrer Vormünder ganz dasselbe, was oben bei Besprechung des österreichischen Strafgesetzbuchs von 1852 darüber bemerkt worden ist.

d) Endlich ist der Strafgesetzentwurf für Kroatien vom Jahr 1879 zu erwähnen, nach dessen § 323 sich derjenige der Untreue schuldig macht, welcher ein fremdes seiner Verwaltung oder Aufsicht anvertrautes Vermögen beschädigt. Der Definition schließen sich Bestimmungen über das Qualifikationsmoment der gewinnsüchtigen Absicht und über das Antragserfordernis an.

2. In der Schweiz gelten bekanntlich, abgesehen von einem auf ein enges Interessenzentrum begrenzten Bundesstrafrecht lauter zersplitterte Kantonalstrafrechte, von welch' letzteren die meisten je in förmlichen Strafgesetzbüchern niedergelegt sind.

Nur wenige dieser kantonalen Strafkodizes enthalten ähnliche Bestimmungen wie die Untreue des deutschen Strafgesetzbuchs.

---

30) S. Mayer, das ungarische Strafgesetzbuch über Verbrechen und Vergehen, Wien 1878 S. 283—284.

a) Bemerkenswert sind insbesondere das Strafgesetz für Solothurn von 1885 und der neue code pénal für Neuenburg vom Jahr 1891. Dieselben haben sich zwar beide in ihren Bestimmungen über Untreue nahe an das deutsche Strafgesetzbuch angeschlossen, jedoch nicht derart, daß man mit Stooß (schweizerisches Strafrecht II. S. 135 [31]) von einer fast wörtlichen Uebernahme der Bestimmungen des deutschen Strafgesetzbuchs reden könnte.

Was z. B. das Strafgesetz von Solothurn betrifft, so weicht dasselbe in seinem „Untreue" überschriebenen § 160 immerhin in zwei wesentlichen Punkten vom deutschen Strafgesetzbuch ab, insofern es 1) in der entsprechenden Ziffer 1 als Subjekte einfach „Beistände (also auch Rechtsbeistände) und Verwalter" überhaupt aufführt und 2) ein anderes Strafmaß hat, wobei besonders zu beachten ist, daß es den Erschwerungsgrund des deutschen Strafgesetzbuchs nicht kennt.

b) Baselland hat schon in seinem Gesetz über die korrektionelle Gerichtsbarkeit vom 6. Oktober 1824 die Beeinträchtigung fremder Rechte durch Untreue von Anwälten und Gewalthabern jeder Art, übrigens nur wenn ein Verbrechensbegriff nicht zutrifft, als solche mit Strafe bedroht.

c) Vom St. Galler Strafgesetzbuch aus dem Jahr 1885 ist zu viel ungleichartiges neben einander gestellt worden, indem dasselbe im § 173 unter der Ueberschrift „strafbarer Vertrauensmißbrauch" sowohl gewisse Fälle der Untreue von Bevollmächtigten und Vormündern nebst der Prävarikation einerseits, als auch die rechtswidrige Mitteilung von Privatgeheimnissen durch Anwälte ꝛc., welche vermöge ihrer Mandatsstellung hievon Kenntnis erlangten, sowie endlich die Verletzung von Fabrik- und Geschäftsgeheimnissen durch Angestellte andrerseits behandelt. Die allein hieher gehörige Z. 1 dieser Gesetzesstelle lautet wörtlich: „Des strafbaren Vertrauensmißbrauchs macht sich schuldig Z. 1 wer als Anwalt, Rechtsagent, Vollmachtträger in Rechtsgeschäften oder Vormund gewinnshalber oder sonst in rechtswidriger Absicht zum Nachteil seines Auftraggebers mit der Gegenpartei Einverständnis pflegt".

Stooß l. c. äußert sich zu dieser Stelle: „in der That erscheine die Untreue als ein Vertrauensmißbrauch und unterscheide sich von dem abus de confiance des französischen Rechts nur dadurch, daß dieser die Zueignung einer Sache erfordere, während

---

31) Karl Stooß, die Grundzüge des schweizerischen Strafrechts 1892—93.

Untreue nur die Verletzung von Vermögensinteressen voraussetze". Diese Bemerkung hätte unterlassen werden sollen. Denn dieselbe enthält im Eingang etwas selbstverständliches, übrigens ohne damit das Wesen der Untreue zu erschöpfen. Was dann aber über den Differenzpunkt zwischen der Untreue und dem französischrechtlichen Vertrauensmißbrauch darin ausgeführt ist, ist zweifellos falsch. Denn abgesehen davon, daß der Begriff der Untreue, insbesondere nach heutigem deutschen Recht, wie unten auszuführen sein wird, überhaupt nicht in der vermögensrechtlichen Sphäre aufgeht, ist namentlich das unrichtig, daß der abus de confiance nur durch die Zueignung einer Sache begangen werden könne. Der klare Wortlaut des Art. 408 Code pénal giebt vielmehr zu erkennen, daß das letztgedachte Delikt z. B. auch durch eine boshafte Vernichtung der deponierten Quittung ohne Aneignungsabsicht verübt wird.

3. Das niederländische Strafgesetzbuch vom 3. März 1881 kennt ein spezifisches Vergehen der Untreue nicht. Es ist aus diesem Gesetzbuch in diesem Zusammenhang nur so viel anzuführen, daß es als qualifizierten Fall der Unterschlagung im Artikel 323 die Eventualität bezeichnet, wonach Vormünder, Kuratoren, gerichtliche Verwalter, Testamentsvollstrecker oder Leiter von Wohlthätigkeitsanstalten oder Stiftungen, sich die Gegenstände, welche sie als solche in ihrem Gewahrsam haben, rechtswidrig zueignen.

4. In Frankreich gilt heute noch der Art. 408 des Code pénal über den Fall des abus de confiance, welcher bereits in der geschichtlichen Einleitung (§ 2 Nr. 6) erwähnt wurde.

5. Auffallend streng werden die Veruntreuungen der Vollmachthaber im englischen Recht geahndet [32]). Schon das 7. und 8. Statut Geo. IV. c. 29 sect. 49 ff. hat gewisse Fälle kriminalisiert [33]), welche bei Anwendung des heutigen deutschen Rechts unter die Z. 2 § 266 St.G.B.'s zu subsumieren sein würden. In jener Parlamentsakte ist zunächst folgendes verordnet: „Wenn Geld oder eine Sicherheit wegen Zahlung von Geld einem Banquier, Kaufmann, Mäkler, attorney, oder anderen Agenten anvertraut ist, mit einer schriftlichen Anweisung, dieses Geld ganz oder teilweise,

32) Gerichtssaal 1878 S. 327.

33) Stephan, Handbuch des englischen Strafrechts, übersetzt von Mühry 1843 S. 295—298 vgl. mit S. 293 f.

oder den Erlös aus dieser Sicherheit ganz oder teilweise zu einem in dieser Anweisung bezeichneten Zwecke zu verwenden, — und derselbe, mit Verletzung des guten Glaubens und dem so bezeichneten Zwecke zuwider, dieses Geld, Sicherheit oder Erlös ganz oder teilweise auf irgend eine Art zu eigenem Vorteile oder Nutzen verwendet, so soll ein solcher Uebelthäter eines misdemeanor schuldig sein, und wenn er dessen überführt wird, nach Gutbefinden des Gerichts, mit Transportation auf nicht über vierzehn und nicht unter sieben Jahre oder mit einer solchen Geld- oder Gefängnisstrafe, oder mit beiden, welche das Gericht erkennen wird, bestraft werden".

Im Anschluß hieran hat die sect. 51 ib. in der nämlichen Strenge den Spezialfall bedroht, welcher darin besteht „daß ein Geschäftsführer oder ein Agent, welchem Sachen zum Zweck des Verkaufs, oder welchem ein Frachtbrief oder eine Bescheinigung eines Aufsehers eines Warenhauses oder eines Landungsplatzes oder eine Vollmacht oder Auftrag zur Ueberlieferung von Sachen oder Waren anvertraut wurden, — zu seinem eigenen Vorteile und mit Verletzung des guten Glaubens solche Sachen oder Waren oder eine Urkunde der bezeichneten Art deponiert oder verpfändet, und zwar als Sicherheit für Geld oder ein dem Handel unterliegendes Papier, welches dieser Geschäftsführer oder Agent zu oder vor der Zeit dieser Deponierung oder Verpfändung erborgt oder in Empfang genommen hat, oder welches er nachher zu erborgen oder in Empfang zu nehmen beabsichtigt".

6) Italien. Ueber die Behandlung der strafbaren Treuverletzungen im Entwurf des ital. Strafgesetzbuchs von 1874 vgl. Geyer in der kritischen Vierteljahrschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft 1875 S. 37 und 198. Bekanntlich ist, nachdem noch weitere Entwürfe vorangegangen waren, mit dem 1. Januar 1890 das neu geschaffene Strafgesetzbuch für das Königreich Italien in Kraft getreten. In demselben ist leider ein allgemeiner selbständiger Deliktsbegriff der Untreue nicht vorhanden. Auch ist die Annahme Richard Stephans[34]), daß der Terminus „appropriazioni indebite" i. S. der Art. 417—419 des it. St.G.B.'s den deutschrechtlichen Begriff der Untreue umfasse, nur in ganz be-

34) Strafgesetzbuch für das Königreich Italien, übertragen und erläutert von Richard Stephan, Berlin 1890 S. 178 Anm. 1.

scheidenem Maße zutreffend, indem der Thatbestand desselben i. S. der Art. 417 und 419 it. Strafgesetzes nur mit der Unterschlagung an anvertrauten Sachen i. S. des § 246, 2. Fall des deutschen Gesetzes identisch ist und auch soweit er im Art. 418 it. St.G.B.'s dargestellt ist, nur unter besonderen Umständen zugleich eine Untreue i. S. deutschen Reichsrechts darstellt.

Als auf einen besonderen Fall von Vertrauensbruch bezüglich ist übrigens nicht zu übersehen der Art. 203 des it. Strafgesetzbuchs, welcher denjenigen bedroht, welcher in Verpfändung oder in Sequestration übergebene und seiner Verwahrung anvertraute Gegenstände wegnimmt oder zu seinem oder eines andern Vorteil verwendet oder an den Berechtigten zu verabfolgen sich weigert.

Dazu kommt, daß die Prävarikation des it. Rechts nicht bloß auf den einen Fall des § 356 deutsch. Strafgesetzbuchs bezogen ist, sondern auch auf andere Eventualitäten sich erstreckt, welche in Deutschland als Untreue zu bestrafen sein würden (s. u. § 6 I. Nr. 1).

7. Schon im geltenden russischen Strafrecht ist es nicht unterlassen worden, eine Bestimmung über die strafbare Untreue von Bevollmächtigten zu treffen (vgl. Leuthold, russische Rechtskunde S. 253). Indes von erhöhtem Interesse erscheint in dieser Hinsicht der Entwurf eines neuen Strafgesetzbuchs für Rußland. Art. 33 im vermögensrechtlichen Abschnitt desselben lautet in der Uebersetzung: „Wer in Folge Vormundschaft, Bevollmächtigung oder kraft eines andern schriftlichen Auftrags zur Fürsorge für fremde geldwerte Sachen oder fremde Vermögensinteressen verpflichtet ist und durch Mißbrauch der ihm erteilten Vollmacht seinem Auftraggeber einen Vermögensschaden zufügt, wird mit Gefängnis bestraft. Ist der zugefügte Schaden ein geringfügiger oder ist derselbe vom Thäter freiwillig ersetzt worden, so tritt Arrest ein".

Art. 34 ib. bezieht sich auf qualifizierte Fälle der Untreue.

Das neue Strafgesetz für das Großfürstentum Finnland vom 19. Dezember 1889 hat die Untreue unpassender Weise in Einem Kapitel (c. 38 § 1) mit der allgemeinen Deliktskategorie des strafbaren Eigennutzes, namentlich dem Wucher, behandelt. Auffallend ist dabei das niedere Strafmaß, welches von dem durch seine außerordentliche Strenge bekannten Recht des vorherigen finnischen Strafkodex von 1734 überaus absticht.

8. Was nun außereuropäische Rechte anbelangt, so sind zuerst die vereinigten Staaten von Nordamerika in Betracht

zu ziehen. In denselben gibt es bekanntlich im wesentlichen nur Strafgesetze einzelner Staaten. Darunter ist hervorzuheben das Strafgesetzbuch von New-York vom 26. Juli 1881[35]). Dasselbe enthält sowohl im § 528 Z. 2 als auch hauptsächlich im § 541 Bestimmungen über Treubruch. Die zweite der bezeichneten Gesetzesstellen sieht in detaillierter Normierung vor, daß Testamentsvollstrecker, Verwalter, Vormünder 2c., welche durch letzten Willen, Gerichtsurteil 2c. bestellt sind, und welche amtlich anvertraute Gelder, Güter, Klaggegenstände, Sicherheiten, Schuldbeweisstücke oder Beweismittel über Vermögensgegenstände oder andere Wertsachen oder Einkünfte aus denselben verbergen, vorenthalten oder sich zu ihrem sonstigen Gebrauche oder demjenigen einer anderen Person als des wahren Eigentümers aneignen, des (nach jenem Recht auch unsere Unterschlagung in seinem Thatbestand umfassenden) Diebstahls schuldig seien und neben der Diebstahlsstrafe noch zu einer ziemlich hohen Zusatzstrafe verurteilt werden können.

9. Unter den asiatischen Rechten seien hier nur zwei erwähnt. Als das eine ist das wegen seiner Kulturbedeutung bemerkenswerte chinesische Strafrecht[36]) anzuführen, wie dasselbe in dem geltenden Strafkodex, dem „Tatsinglüli" dargestellt ist. Die Bestrafung der Unterschlagung an anvertrauten Sachen gehört dort — nach den Begriffen des chinesischen Strafrechts — zu den verhältnismäßig milderen Strafen[37]). Im Gegensatz dazu wird aber die Veruntreuung von öffentlichem Gut, begangen durch den betr. Beamten, selbst bei geringen Beträgen mit der Todesstrafe belegt, welche zudem auf die schwerere Art mittels der Enthauptung vollstreckt wird.

10) Das zweite hier zu berührende asiatische Recht ist das seit dem Jahr 1882 in Kraft getretene Strafgesetz für das Kaisertum Japan. Dasselbe trifft die Fälle der Untreue nur zu einem kleinen Teil, indem nach demselben sich derjenige eines Vertrauensmißbrauchs schuldig macht, welcher „betrüglicher Weise unter irgend welchem Rechtstitel ihm anvertraute Summen, Werte oder Mobiliargegenstände sich zueignet, verausgabt resp. in seinem Nutzen verwendet".

35) Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 4 Band, Beilage.

36) J. Kohler, das chinesiche Strafrecht, Würzburg 1886.

37) Uebrigens kommen die in unserem Strafgesetzbuch für das betr. Delikt angedrohten Strafen nicht in Betracht, indem vielmehr Gefängnis- und eigentliche Geldstrafen in China — den dortigen Anschauungen entsprechend — überhaupt nicht vorkommen.

II. Teil.

Die Untreue des § 266 deutsch. St.G.B.'s im einzelnen.

§ 4.

Die Untreue des § 266 Z. 1 St.G.B.'s.

Der § 266 cit. bedroht in Z. 1 Vormünder, Kuratoren, Güterpfleger, Sequester[39]), Massenverwalter, Vollstrecker letztwilliger Verfügungen und Verwalter von Stiftungen, wenn sie absichtlich zum Nachteil der ihrer Aufsicht anvertrauten Personen oder Sachen handeln.

I. Obenan steht die Frage nach den Subjekten dieses Delikts.

1. In einem Erkenntnis des sächsischen Oberappellationsgerichts von welchem die allgemeine Gerichtszeitung für Sachsen XXII. S. 245 Kunde giebt, ist u. a. gesagt, die Strafbestimmung der Ziffer 1 sei mit Ausnahme der Vollstrecker letztwilliger Verfügungen gegen solche Verwalter fremden Vermögens gerichtet, deren Bestellung auf Verhältnissen des öffentlichen Rechts beruhe und von einer Behörde ausgehe. Dieser Ausspruch ist nicht ganz zutreffend. Denn:

a) Was zunächst das als angebliche Ausnahme bezeichnete Beispiel betrifft so ist es zwar im allgemeinen richtig, daß wenigstens nach dem in Deutschland geltenden gemeinen römischen und deutschen Civilrecht der Testamentsvollstrecker reine Privatperson ist, allein auch nach gemeinem Recht ist dies nicht absolut und unter allen Umständen der Fall.

Vgl. Windscheid 7. Aufl. III. § 567 Anm. 5 und § 549 Anm. 5. An die Stelle des in letztgenannter Stelle bezeichneten Bischofs tritt heutzutage die betr. Ortsarmenbehörde.

Vgl. auch Strippelmann, neue Sammlung von Entscheidungen des Oberappellationsgerichts Kassel 5. Bd. S. 290 Anm. 16.

39) Bedauerlich ist der Gebrauch des lateinischen Ausdrucks im deutschen Gesetzbuch!

Auch möge beigefügt werden, daß in verschiedenen anderen Gesetzgebungen der ganze Testamentsvollzug zum Gegenstand amtlicher Fürsorge gemacht ist, so z. B. in dem in diesem Punkt nicht rezipierten kanonischen Recht, das die Ausführung der letztwilligen Verfügungen unter die Ueberwachung der Bischöfe stellte. c. 3. 19. X de test (3, 26) cl. un. eod. (3, 6).

Vgl. ferner den sog. Aftererbpfleger des badischen Landrechts, welcher mit Rücksicht auf die Artikel 1055, 1056 des badischen Landrechts sehr wohl als öffentlich bestellter Vollstrecker letzwilliger Verfügungen angesehen werden kann [40]).

Vgl. endlich noch Unger, die Verlassenschaftsabhandlung in Oesterreich (Wien 1862) und Randa, der Erwerb der Erbschaft nach österreichischem Recht (1867) S. 10 f., sowie Beseler, deutsches Privatrecht 4. Aufl. 1. Abtlg. S. 678 mit Anm. 19.

b) In umgekehrter Richtung ist es nicht zutreffend, wenn alle übrigen in der Z. 1 des § 266 St.G.B.'s genannten Subjekte als unter Konkurrenz öffentlicher Behörden bestellt bezeichnet werden. Es trifft dies zwar i. a. (übrigens auch hier von singulären Ausnahmefällen abgesehen — s. u. [41]) auf Vormünder, Kuratoren und Güterpfleger zu, auch ist zuzugeben, daß in solchem Zusammenhang und im Hinblick auf die obenberührte Geschichte dieser Gesetzesziffer unter den Sequestern und Massenverwalten bloß öffentlich bestellte Personen zu verstehen sind (s. u. Nr. 4); denn daß in dieser Ziffer reine Privatinteressen geschützt werden sollten, würde hienach unverständlich sein. Daß trotzdem Testamentsvollstrecker angeführt sind, erklärt sich daraus, daß diese Verrichtung, wie unter a) ausgeführt wurde, keineswegs notwendig Privatsache ist, sondern sehr wohl als öffentliche Funktion behandelt werden kann und jedenfalls grundsätzlich das öffentliche Interesse berührt. Was nun — und das wollten wir hier speziell bemerken — Verwalter von Stiftungen betrifft, so ist eine Beschränkung auf öffentliche Stiftungen vom Gesetz nicht zum Ausdruck gebracht und, da auch die getreue Verwaltung von privaten Stiftungen sicher nicht bloß im reinen Privatinteresse der Beteiligten gelegen ist, so sind auch Verwalter von Privatstiftungen hieher zu rechnen, selbst dann, wenn

40) Vgl. Reichsgerichtsentscheidungen 11 Nr. 70.

41) Z. B. bedarf nach manchen Partikularrechten die Mutter als Vormünderin ihrer Kinder keiner obrigkeitlichen Bestätigung. Auch diese Fälle von Vormundschaft affizieren prinzipiell das öffentliche Interesse.

das maßgebende Zivilrecht dem Stifter ihre Wahl ganz freigiebt und dieselbe unter keinerlei öffentliche Kontrolle stellt.

2. Um nun auf die einzelnen dieser Subjekte einzugehen, so werden vom Gesetz zunächst Vormünder und Kuratoren erwähnt. Um zu verstehen, wie das Gesetz diese beiden Kategorien von einander unterscheidet, darf nicht etwa auf den heutigen Sprachgebrauch gesehen werden, sondern es ist zu beachten, daß die Anführung der beiden Personenklassen ohne weiteres aus dem § 246 des preußischen Strafgesetzbuchs herüber genommen wurde und daß für ersteres diese Begriffe sich naturgemäs nach der zur Zeit seines Zustandekommens bestehenden preußischen Zivilgesetzgebung, im wesentlichen also nach dem allgemeinen preußischen Landrecht, bestimmten. Es sind deshalb die Begriffsgrenzen des letzteren in Betracht zu ziehen. Nach dem allgemeinen Landrecht ist nur dem Vormund die Sorge für alle Angelegenheiten des Pflegebefohlenen übertragen, dem Kurator dagegen liegt entweder nur die Aufsicht über die Person und die Erziehung oder nur die Besorgung einzelner Geschäfte und Angelegenheiten derselben ob[42]. Auch die neue preußische Vormundschaftsordnung von 1875 hat — abgesehen von der Behandlung des sog. Gegenvormunds (s. u.) — diese Unterscheidung, nur daß sie statt des Ausdrucks „Kurator" den Terminus „Pfleger" verwendet.

Die Frage, ob im einzelnen Fall eine Vormundschaft oder Kuratel i. S. des deutschen Strafgesetzbuchs vorliegt, ist mithin je an der Hand der allgemeinen Unterscheidung des preußischen Zivilrechts, im wesentlichen des allgemeinen Landrechts, zu lösen und muß insbesondere eine etwa den sonstigen Partikularrechten oder sonstigem Sprachgebrauche angehörige andere nominelle Unterscheidung zwischen Kuratel und Vormundschaft unberücksichtigt bleiben, was denn auch allein der Tendenz des Strafgesetzbuchs, ein einheitliches Recht für Deutschland zu schaffen, entspricht.

Wenn ferner irgendwo Beamte als solche mit oder ohne weiteren Beisatz den Titel „Kuratoren" haben, gehören sie hienach nicht hieher. Denn solche hat das maßgebende Zivilrecht zweifellos nicht im Auge, vgl. R.G.Entsch. 24 S. 110.

Unter den Vormündern kommen nun vor allem die gewöhnlichen bestellten Vormünder von Minderjährigen, Geistes-

42) Preuß. L. R. II. 18 §§ 3, 4. Förster, preuß. Privatrecht 1. Aufl. III. S. 618.

kranken ꝛc. oder Verschwendern ꝛc. in Betracht. Auch wenn man von den Vormundschaften über Minderjährige absieht, so ist selbst für die übrigen Fälle der Vormundschaft ein vorausgehendes Entmündigungsverfahren nicht stets erforderlich; es können sich z. B. nach württembergischem Recht, nämlich der Landesordnung von 1621 Titel 45 u. a. „Gebrechenhaftige und Ungehörende", welche trotz des Mangels zu eigener Vermögensverwaltung noch fähig sind, unmittelbar von der Vormundschaftsbehörde einen rechtmäßigen Vormund erbitten. Gerade bezüglich des württembergischen Rechts ist noch anzuführen: Einfach auf Grund des bloßen Verzichts einer Person auf Vermögensverwaltung einen Vormund zu bestellen, wie es die frühere Praxis unrichtiger Weise zuließ, widerspricht den württembergischen Gesetzen und kann die verzichtende Person in der Regel nur einen einfachen privaten Vermögensverwalter sich bestellen oder sich bestellen lassen, welcher nicht unter die Subjekte der Z. 1 § 266 gehört. Anders verhält sich die Sache natürlich dann, wenn dennoch ausnahmsweise, was aber nur mit Erlaubnis des Justizministeriums zulässig ist, in solchem Fall ein Vormund bestellt wird.

Der Vater untersteht dem Gesetz über Untreue dann, wenn er wirklich Vormund seiner Kinder ist und nicht bloß scheinbar vormundschaftliche Rechte hat, die ihm in Wahrheit nur kraft Ausflusses der väterlichen Gewalt zukommen. Ueber eine spezielle hieher gehörige Frage s. in anderem Zusamenhang unten § 9 A. 4[42a]).

Was die sog. Ehrenvormünder (tutores honorarii) des gemeinen Rechts und die Gegenvormünder des französischen, sowie diejenigen des preußischen Rechts (code civil Art. 423 und pr. V.O. vom 5. Juli 1875 §§ 27 ff.) betrifft, so haben dieselben allerdings

42a) Nach der preußischen Vormundschaftsordnung von 1875 § 13 hat „über einen Mündel, welcher in eine unter Verwaltung der Staats- oder einer Gemeindebehörde stehende Verpflegungsanstalt aufgenommen ist, bis zu dessen Volljährigkeit der Vorstand der Anstalt die Rechte und Pflichten eines gesetzlichen Vormunds, solange das Vormundschaftsgericht nicht einen anderen Vormund bestellt".

Hier kann nun, da der Vorstand nur durch seine Mitglieder als Organe handeln und als solcher mithin auch nicht verantwortlich sein kann, kein Zweifel darüber bestehen, daß jedes einzelne Mitglied desselben gleichwie ein gewöhnlicher Vormund für die Handlungen, welche es als organisches Glied des mit der Vomundschaft betrauten Vorstands dem Mündel gegenüber vornimmt, in Gemäßheit der Z. 1 § 266 St.G.B.'s verantwortlich ist.

überwiegend, ja nach preußischem Recht überhaupt keine Verwaltungsbefugnis, sondern ihre Aufgabe besteht in der Kontrolle des verwaltenden Vormunds, in Preußen ausschließlich in der Kontrolle der Vermögensverwaltung. Allein dies ist doch kein Grund, wenigstens ihre zweifellos ihnen innewohnende materielle Vormundschaftseigenschaft i. w. S. nicht anzuerkennen. Denn es nehmen dieselben eben durch ihre kontrollierende Thätigkeit an der Fürsorge für den Mündel und damit an dem Wesen der Vormundschaft i. w. S. teil. Auch sie können, nämlich durch absichtliche Versäumung der ihnen obliegenden Kontrollpflichten, sich sehr leicht einer Untreue im Sinn des Gesetzes schuldig machen.

Die gemeinrechtlichen Ehrenvormünder und französischrechtlichen Gegenvormünder sind zugleich, da ihre Fürsorge für den Mündel eine umfassende ist, Vormünder in der engeren Bedeutung der Z. 1 des § 266. Dagegen ist allerdings die Bemerkung Olshausens N. 7 a zu § 34 St.G.B.'s, nach welcher der Gegenvormund der preußischen Vormundschaftsordnung nicht Vormund i. e. S., sondern nur Kurator i. S. des Strafgesetzbuchs sein soll, m. E. richtig. Denn obwohl denselben die neue preußische Vormundschaftsordnung wirklich als Vormund technisch im Gegensatz zum „Pfleger" bezeichnet, so liegt eben dem Strafgesetzbuch, das vor der preußischen Vormundschaftsordnung entstand, noch die Begriffsbestimmung des allgemeinen Landrechts zu Grunde und nach derselben fällt dieser Gegenvormund, da ihm nur die Sorge für die Vermögensverhältnisse, nicht aber zugleich für die Person des Mündels anvertraut ist, in der That unter den Begriff des Kurators.

Es fragt sich, ob, soweit singulärer Weise in Deutschland die sog. Geschlechtsvormundschaft noch nicht beseitigt ist, auf dieselbe der § 266 Z. 1 zur Anwendung kommt. Die Frage ist zu bejahen, da das deutsche Recht von jeher auch diese Vormundschaft über Frauenspersonen als echte Vormundschaft behandelt und bezeichnet hat. Die Begründung derselben erfolgt allerdings nicht durchweg unter Wahrung der publizistischen Formen, wie dies sonst regelmäßig bei der Bestellung der Funktionäre der Z. 1 § 266 der Fall ist. Soweit nämlich der Ehemann gesetzlicher Vormund seiner Ehefrau ist, bedarf er ausnahmsweise keiner gerichtlichen Bestätigung [43]. Jedoch bildet dieser Umstand, wie schon unter Nr. 1 angedeutet

---

43) Kraut, Vormundschaft II. S. 316.

wurde, kein Hindernis, ihn, dessen Funktion gleichwohl das öffentliche Interesse berührt, als Vormund i. S. der Z. aufzufassen, wie denn z. B. auch die Mutter in ihrer zweifellosen Eigenschaft als Vormünderin ihrer Kinder nach manchen Partikularrechten einer obrigkeitlichen Bestätigung nicht bedarf [44]).

3. Zu den Kuratoren i. S. der Z. 1 § 266 gehören — abgesehen von den schon besprochenen sog. Gegenvormündern der Pr. Vorm.O. von 1875 — u. a. der curator ventris des gemeinen und preußischen Rechts, ferner der Kurator, wie er bei Kindern, welche in der Gewalt des Hausvaters sind, und daher in der Regel eines gesetzlichen sonstigen Vertreters nicht bedürfen, wegen kollidierender Interessen ad hoc bestellt wird oder auch derjenige, welcher aufgestellt ist, um ein zwischen dem allgemein bestellten Vormund selbst und dem Mündel vorzunehmendes Geschäft zum Abschluß zu bringen, insbesondere auch der sog. Prozeßkurator (vgl. z. B. Z.P.O. §§ 55, 693, 694). Daß ein gewöhnlicher Rechtsbeistand (Prozeßbevollmächtigter) kein Kurator ist, ergiebt sich schon aus dem unter Nr. 1 vorgetragenen.

Die Frage, ob sog. Nachlaßkuratoren, Abwesenheitspfleger und Konkursverwalter noch unter die Kategorie der „Kuratoren" gehören, wird dadurch unpraktisch, daß dieselben jedenfalls unter die noch besonders im Gesetz erwähnten Typen der Güterpfleger resp. der Masseverwalter fallen.

Die in der Litteratur gelegentlich des § 34 Z. 6 St.G.B.'s aufgeworfene Frage, ob letztwillig beauftragte Testamentsvollstrecker zu den Kuratoren gehören, ist hier vom Gesetz mit nein beantwortet, da es sonst dieselben nicht noch speziell angeführt hätte.

4. Was den Begriff der „Sequester" betrifft, so ist, wie schon aus der ganzen Tendenz der Z. 1 des § 266 St.G.B.'s hervorgeht, an eine rein privatrechtliche Sequestration hier nicht gedacht, wie denn auch die preußischen Gesetze, aus welchen der Ausdruck ins preußische und dann ins deutsche Strafgesetzbuch herübergenommen wurde, ein derartiges Verhältnis nicht ausdrücklich anerkannt haben (vgl. Förster, preuß. Privatrecht 1. Aufl. II. Bd. § 139 S. 289 und 4. Aufl. II. Bd. § 139 S. 341).

Es ist, wie sich aus diesen preußischen Gesetzen ergiebt, im § 266 Z. 1 St.G.B.'s unter Sequestration des näheren vornemlich

---

44) Kraut, ib. I. S. 240.

eine besondere Art der gerichtlichen Verwahrung zu verstehen, wenn nämlich lebende Tiere oder Grundstücke deren Gegenstand bilden, welche dann durch einen bestellten Sequester verwahrt bezw. verwaltet werden (A. L. R. I. tit. 14 § 103). Außerdem liegt dem Ausdruck im Strafgesetzbuch die schon den gedachten preußischen wie den modernen Gesetzen als eine gerichtliche Exekutionsmaßregel bekannte Sequestration zu Grunde.

5. Was endlich die Verwalter von Stiftungen anbelangt, so versteht es sich, daß der Ausdruck „Stiftung" dem Privatrecht bezw. auch dem Verwaltungsrecht entnommen ist. Hienach ist darunter ein zu einem bestimmten Zweck von längerer Dauer gewidmetes Vermögen zu verstehen. Selbstverständlich ist es für die Anwendung des § 266 Z. 1 ohne Belang, ob es sich um eine Stiftung i. e. S. des Zivilrechts handelt oder nicht, m. a. W., ob dieselbe selbständiges Rechtssubjekt bezw. Zweckvermögen ist oder ob sie sich im Vermögen einer bestehenden juristischen Person befindet, welcher sie von dritter Seite zu dem dauernden Zweck zugewandt wurde.

6. Auch Beamte sind hier nicht ausgeschlossen, wenn dieselben, z. B. als amtlich angestellte Verwalter öffentlicher Stiftungen, unter die in der Z. 1 aufgezählten Kategorien fallen. Denn einerseits lautet der Inhalt der gedachten Ziffer ganz allgemein und ausnahmslos, andrerseits weist der legislatorische Gesichtspunkt, daß in dieser Ziffer gerade wesentlich Personen mit öffentlichem Charakter enthalten sein sollten, darauf hin, daß Beamte besonders gut hieher passen. Es ist daher unpräzis, wenn Schwarze[45]) ohne Unterscheidung ausführt, daß im § 266 bestimmte „obligatorische" Verhältnisse vorausgesetzt werden. Denn um solche handelt es sich bei den Beamten nicht (s. auch unter § 6).

7. Daß diese Strafnorm auf andere Personen, als auf diejenigen, welche unter die in § 266 Z. 1 hervorgehobenen Kategorien gehören, in der Rechtssprechung nicht analog ausgedehnt werden darf, ergiebt sich aus dem Verbot des § 2 Absatz 1 St.G.B.'s. Dagegen ist gesetzlich eine Ausdehnung vorgenommen, indem für verschiedene weitere Personenkategorien normiert ist, daß sie für ihre Geschäftsführung nicht bloß privatrechtlich wie Vormünder ihren Mündeln, sondern auch strafrechtlich i. S. von § 266 ver-

45) Kommentar, 5. Aufl. Nr. 5 zu § 266.

antwortlich seien. Weil der Vergleich mit den Vormündern hier zur Anwendung des § 266 geführt hat, gehören diese Fälle eben hieher, wo von der Untreue der Vormünder und ähnlicher Kategorien die Rede ist.

Es hat nämlich der § 42 des Krankenversicherungsgesetzes vom 15. Juni 1883 normiert, daß, wenn die Mitglieder des Vorstands, sowie Rechnungs- und Kassenführer von Ortskrankenkassen absichtlich zum Nachteil der Kasse handeln, dieselben der Bestimmung des § 266 St.-G.-B.'s unterliegen und ganz das gleiche hat der § 34 des Reichsgesetzes über die eingeschriebenen Hilfskassen in der Fassung vom 1. Juni 1884 in Bezug auf die Mitglieder des Vorstands, Ausschusses oder einer örtlichen Verwaltungsstelle, die absichtlich zum Nachteil der Kasse handeln, angeordnet. Ferner enthalten das industrielle Unfallversicherungsgesetz vom 6. Juli 1884 im § 26, das U.V.G. für die land- und forstwirtschaftlichen Arbeiter in § 31, auch dasjenige für die bei Bauten beschäftigten Personen vom 11. Juli 1887 in § 12 und dasjenige für die Seeleute vom 13. Juli 1887 im § 32 die nämliche Bestimmung betreffs der Vorstände und der Vertrauensmänner einer der in diesen Gesetzen geregelten Berufsgenossenschaften.

Endlich hat auch der § 59 des Reichsgesetzes betr. die Invaliditäts- und Altersversicherung vom 22. Juni 1889 bestimmt, daß die Mitglieder des Vorstands, des Ausschusses und des Aufsichtsrats, sowie die Vertrauensmänner der Versicherungsanstalt für getreue Geschäftsführung haften wie Vormünder ihren Mündeln und in Konsequenz davon, daß diese Personen, wenn sie absichtlich zum Nachteil der Versicherungsanstalt handeln, der Strafbestimmung des § 266 St.G.B.'s unterworfen sind.

Selbstverständlich ist, daß durch diese Vorschriften nicht ausgeschlossen werden sollte, daß gegebenen Falls auch betreffs dieser Personen in den genannten Verhältnissen andere Delikte, wie z. B. Unterschlagung, sei es allein oder in Idealkonkurrenz mit Untreue, anzunehmen sind.

Je eine besondere und zwar eine gegenüber dem § 266 erschwerte Strafbestimmung treffen:

a) der Art. 249 des Handelsgesetzbuchs in der Fassung von 1884 für persönlich haftende Gesellschafter, Mitglieder des Aufsichtsrats und Liquidatoren einer Kommanditgesellschaft auf Aktien, sowie für Mitglieder des Vorstands bezw. des Aufsichtsrats und

Liquidatoren einer Aktiengesellschaft, wenn sie absichtlich zum Nachteil der Gesellschaft handeln und

b) der § 140 des neuen Genossenschaftsgesetzes von 1889 für Mitglieder des Vorstands und des Aufsichtsrats bezw. Liquidatoren einer Genossenschaft, wenn sie absichtlich zum Nachteil derselben handeln.

II. Nicht zweifelhaft kann die Entscheidung der Frage sein, ob Vormünder ꝛc., welche in Fällen bestellt sind, wo eine Vormundschaft ꝛc. gar nicht zulässig ist, als Vormünder ꝛc. i. S. des Gesetzes über Untreue gelten können. Solchen Personen kann, da ihre publizistische Stellung rechtlich unmöglich ist, in der betr. Funktion gar keine rechtliche und damit auch keine strafrechtliche Bedeutung zukommen. Es geschieht dies in Fällen, wie wenn aus Versehen ein Vormund über eine volljährige und normale Person bestellt würde. Es trifft dies aber auch dann zu, wenn ein Testamentsvollzieher bestellt ist, ohne daß eine letztwillige Verfügung überhaupt existieren würde. Vgl. R.G.E. 11 S. 201 und insbesondere Jahrbücher der württ. Rechtspflege 4. Bd. S. 255 ff.

Daß die betr. Person äußerlich öffentlich etwa zum Vormund ꝛc. bestellt und verpflichtet ist, auch wirklich als solcher eine Verwaltung überkommen hat, thut zur Sache nichts; denn all' dies war im vorliegenden Fall nach dem positiven Recht gar nicht möglich und wird deshalb von demselben auch nicht anerkannt. Die betreffenden Personen, welche in dieser unzuläſſigen Weise bestellt sind, machen sich mithin eventuell der Unterschlagung, des Betrugs und dergleichen, niemals aber der Untreue i. S. der Ziffer 1 des § 266 schuldig [45a]).

III. Streit herrscht endlich darüber, ob die in der Ziffer bezeichneten und aus Rechtsgründen bestellten Personen bloß dann der Strafbestimmung unterliegen, wenn sie zu einer Zeit, da sie noch Vormünder ꝛc. sind, die Handlung begehen oder ob sie auch noch nach Beendigung dieser Zeit der Untreue i. S. der Z. 1 sich schuldig machen können. Die Antwort lautet im letzteren Sinn.

---

45 a) In wie fern die Bestellung einer Person, welche zur Uebernahme der Vormundschaft unfähig ist, ihre Bestellung zum Vormund nichtig macht, so daß sie in Wirklichkeit überhaupt und so auch im Sinn des Strafgesetzes gar nicht als Vormund gilt, hängt von den Normen des Orts ab, wo die Vormundschaft einzuleiten ist. Vgl. z. B. die Vorschriften der preußischen Vormundschaftsordnung von 1875 § 25.

Allerdings muß sich die Untreue natürlich stets auf das Vormundschafts- rc. Verhältnis beziehen. Nun kommt es aber oft vor, daß z. B. die Vormundschaft zwar formell beendigt ist, etwa durch den Tod oder durch die erreichte Großjährigkeit des Mündels, daß aber der gewesene Vormund das Mündelvermögen, das ihm einst als Vormund übergeben wurde, noch in Händen hat. Es würde hier ganz unverständlich sein, wenn nicht auch auf solchen Fall das Gesetz sich beziehen würde. Vielmehr wird dadurch allein den vorhandenen Bedürfnissen Rechnung getragen und widerspricht es auch nicht dem Gesetzestext, wenn auf das materielle Rechtsverhältnis und nicht auf das äußerlich formalistische Fortbestehen der Vormundschaft rc. das Hauptgewicht gelegt wird. Bei dieser Auslegung tritt das Strafgesetzbuch keineswegs in einen Gegensatz zum Zivilrecht. Denn auch nach dem letzteren wirkt das vormundschaftliche rc. Verhältnis noch über das formelle Bestehen der Vormundschaft rc. hinaus und ist die zivilrechtliche Verantwortlichkeit des bisherigen Vormunds rc. als solchen mit dem formellen Aufhören seiner Funktion durchaus nicht immer erschöpft, indem im Gegenteil die actio tutelae gegen den Vormund erst mit Beendigung der Tutel erwächst. Auch der II. Strafsenat des Reichsgerichts mußte den noch in Rechtspr. Bd. 2 S. 622 von ihm vertretenen formellen Standpunkt aufgeben und hat sich in Entscheidungen Bd. 17 S. 241 den Gründen, welche für die freiere Auslegung bestehen, nicht mehr verschlossen.

Wenn andrerseits bei einer noch nominell bestehenden Vormundschaft rc. der Vormund rc. ganz außerhalb der Sphäre seiner öffentlichen Funktion eine Benachteiligung des Pupillen rc. bewirkt, so kann er wegen Untreue i. S. von Z. 1 § 266 nicht bestraft werden, da der Gesetzgeber mit der letztgedachten Bestimmung nach dem oben ausgeführten nur die Verletzung der öffentlichen Funktion als solcher treffen wollte.

IV. Der Aufsicht dieser in Z. 1 § 266 bezeichneten Subjekte müssen Personen oder Sachen anvertraut sein. Diese Aufsicht kann ebensowohl eine amtliche als auch eine rein privatrechtliche sein.

Daß die Aufsicht der sämtlichen in Z. 1 bezeichneten Funktionäre mit einziger Ausnahme der Vollstrecker letztwilliger Verfügungen eine amtliche sei, wie eine Dresdener Entscheidung vom

23. Juni 1875[46]) ausgesprochen hat, ist schon von Olshausen, Anm. 3 zu § 266 (4. Aufl.) bestritten worden und zwar mit Recht, da, wie schon oben I. 1 b erwähnt wurde, wenigstens die Aufsicht von Verwaltern einer Privatstiftung gleichfalls rein privatrechtliche Bedeutung haben kann.

Was das „Anvertrauen von Personen" anbelangt, so handelt es sich hier gemäs der vermutlichen Tendenz des Gesetzes um ein mit Schutzpflichten verbundenes Machtverhältnis einer Person über eine andere, während das „Anvertrauen von Sachen" zweifelsohne bedeutet, daß die nach guter Treue in fremdem Interesse auszuübende Verfügungs- bezw. Verwaltungsbefugnis über Sachen jemandem übertragen ist.

Es ist endlich vom Gesetz durchaus nicht verlangt, daß die sämtlichen Personenkategorien der Z. 1 je eine förmliche Vermögensverwaltung haben[47]); es ist dies Erfordernis keineswegs im Begriff der sämtlichen in der Ziffer erwähnten Personenkategorien enthalten; insbesondere läßt sich die Vollstreckung einer letztwilligen Verfügung regelmäßig ohne solche denken. Das Bedürfnis des Strafschutzes sodann besteht selbstverständlich im letztgedachten Fall ebenso gegenüber diesem Funktionär, wie wenn er eine Vermögensverwaltung haben würde, da in beiderlei Fällen das gleiche spezifische Treueverhältnis vorhanden ist.

V. Verlangt wird ein Handeln zum Nachteil der bez. Personen bezw. Sachen. Einer näheren Erläuterung bedarf hier noch der Begriff der „Sachen". Der öfters aufgestellten Ansicht, als ob darunter bloß Sachgesamtheiten, nicht auch individuelle Sachen fallen würden, kann nicht beigestimmt werden. Auch der bei Oppenhoff § 266 Anm. 11 und Schwarze 3. Aufl. S. 672 (5. Aufl. Anm. 8) für diese verkehrte Behauptung angegebene Grund, „daß nämlich einzelne Sachen nicht benachteiligt werden können", ist hinfällig. Es kann vielmehr jemand, der z. B. als Vollstrecker nur einer einzelnen letztwilligen Normierung bestellt ist, welche sich auf ein individuell bestimmtes Objekt bezieht, durch absichtliche Beschädigung desselben sich der Untreue nach § 266 Z. 1 schuldig machen.

Mangels einer beschränkenden Bestimmung im Gesetz und nach der ihm zu Grunde liegenden Tendenz kann kein Zweifel daran

46) Stenglein, Zeitschrift für Gerichtspraxis, N. F. Bd. 6, 6.

47) ebenso R.G. 11 S. 245 (Entsch.)

bestehen, daß sowohl bewegliche als unbewegliche, sowohl fungible als unvertretbare Sachen in Betracht kommen. Auch ist kein Grund vorhanden, weshalb man Forderungen, welche man ja auch zivilistisch als res incorporales aufführt, von dem Kreis der speziell hier gemeinten Sachen ausschließen sollte. Insbesondere darf der Umstand, daß in unserer Gesetzesziffer entgegen der Z. 2 Forderungen nicht ausdrücklich hervorgehoben sind, nicht zu einem zweifellos verfehlten argumentum a contrario verleiten. Denn daß in der Z. 2 die Forderungen besonders genannt werden, erklärt sich aus der Geschichte der dort enthaltenen Bestimmung, welcher insbesondere die Bedeutung einer Ergänzung des Delikts der gerade auf Forderungen nicht bezüglichen Unterschlagung zukommt (vgl. oben § 2 Nr. 6 c). Ein ähnliches Motiv, die Forderungen hervorzukehren, lag aber bezüglich der Ziffer 1 des Gesetzes nicht vor. Da es ferner vom Gesetzgeber geradezu widersinnig gewesen wäre, die Forderungen, welche sich nicht minder als die körperlichen Sachen zu Objekten des Delikts eignen, hier auszuscheiden, kann die Annahme einer solchen Ausscheidung nur verworfen werden. Ja nach der ratio legis und dem nicht entgegenstehenden Sprachgebrauch sind überhaupt alle bestehenden Vermögensrechte als Objekte dieser Untreue möglich.

VI. Das Gesetz bezieht sich auf ein Handeln zum Nachteil der berührten Personen oder Sachen.

Was den Nachteil betrifft, so gehört vor allem eine Vermögensbeschädigung hieher, welche mit dem Reichsgericht [48]) wie beim Betrug schon in einer Vermögensgefährdung zu sehen ist, wenn durch dieselbe der gegenwärtige Wert des Aktivvermögens gemindert wird. Es kann, da das Gesetz nicht unterscheidet, nicht verlangt werden, daß der Vermögensnachteil ein dauernder ist.

Es ist nun strittig, ob die Annahme eines Vermögensnachteils einfach objektiv davon abhängt, daß an die Stelle des aus dem betr. anvertrauten Vermögen weggegebenen Gegenstands gar nichts oder zwar ein anderes Objekt in das Vermögen succediert, das aber dem Verkehrswert nach dem weggegebenen nicht gleich kommt. Das Reichsgericht (E. 2, 215) hat mit Recht die Frage verneint. Wie das Reichsgericht mit Recht ausführt, kann nämlich dem Geschäftsherrn eine Berechtigung dahin zustehen, daß er eine größere

---

48) Entscheidungen des Reichsgerichts Bd. 16 S. 81.

Gegenleistung in sein Vermögen zurückerhalte, als aus demselben hingegeben wurde. Wenn dann unter dieser Voraussetzung z. B. der Vormund den Gegenstand aus dem Vermögen des Pupillen hergiebt, ohne das demselben zustehende plus der Gegenleistung für ihn zu erwerben, so macht er sich bei entsprechendem dolus zweifellos einer Untreue schuldig, indem er über das weitergehende Recht des Pupillen gesetzwidrig disponiert. Man wird aber nicht bloß dann eine in Bezug auf dieses plus begangene Untreue anzunehmen haben, wenn dem Vermögenssubjekt ein positives Recht auf dasselbe zustand, sondern unter Umständen auch in anderen Fällen. Wenn z. B. ein Vormund Gelegenheit hat, Gegenstände gut und billig für den Mündel einzukaufen, er aber diese Sachen in der nämlichen Qualität etwa gewohnheitsmäßig und absichtlich zum Nachteil des Pflegbefohlenen um erheblich höhere Preise einkauft, so liegt auch hier u. E. Untreue vor, selbst wenn die entrichteten Kaufpreise den objektiven Verkehrswert der Ware nicht übersteigen sollten.

Weiter wurde die Frage erörtert, ob der Vermögensnachteil, den ein Vormund dem Mündel 2c. absichtlich bereitet, dadurch ausgeglichen und negiert werde, daß dem Vormund selbst gegen den Mündel 2c. eine Gegenforderung in Höhe oder über Höhe des demselben verursachten Schadens vorher zustand. Die Frage ist nach dem Stand der heutigen civilrechtlichen Theorie über die Voraussetzungen der Kompensation, welch' letztere in diesen Fällen an sich nicht vorliegen werden, an sich zu verneinen. Es ist denn auch unverkennbar, daß man bei der Annahme des Gegenteils zu ganz unhaltbaren Zuständen gelangen würde, indem dann der Willkür Thür und Thor geöffnet und die Sicherheit der Verhältnisse preisgegeben wäre.

VII. Ein bekannter Streit wird nun darüber geführt, ob der „Nachteil" i. S. der Gesetzesziffer auf einen Vermögensnachteil, von welchem bis jetzt allein die Rede war, zu beschränken sei oder ob auch eine persönliche Benachteiligung des Mündels 2c. z. B. Benachteiligung seiner Gesundheit, Ehre, Sittlichkeit 2c. in Betracht komme. Man wird mit Fug und Grund die Frage im letzteren Sinn beantworten. Gl. Ans. H. Meyer S. 724.

Der Umstand, daß gerade das Wort „Nachteil" anstatt „Vermögensnachteil" gewählt ist, während doch im letzten Absatz des nämlichen Paragraphen ausdrücklich von „Vermögensvorteil"

die Rede ist, spricht für die erweiternde Auslegung und würde, wenn man das Wort dennoch anders verstehen wollte, dem Sprachgebrauch Zwang angethan werden. Ferner ist zu Gunsten der hier vertretenen Ansicht auf den Umstand Bezug zu nehmen, daß dann, wenn das Gesetz bloß eine vermögensrechtliche Benachteiligung im Auge hätte, es von ihm zwecklos wäre, neben dem Handeln zum Nachteile der der Aufsicht anvertrauten Sachen noch besonders von einem solchen zum Nachteil der anvertrauten Personen zu reden. Wenn das Reichsgericht (in den Entscheidungen Bd. 16 S. 79) sich dahin äußert, Personen und Sachen seien unter Z. 1 des § 266 deshalb neben einander angeführt, weil ein Teil der Personen, welche als zu besonderer Treue verpflichtet benannt seien, wie die Güterpfleger, Sequester, Massenverwalter ꝛc. eben nur mit der Sorge für anvertraute Sachen befaßt sei, so ist auch damit ein genügender Grund für diese Zusammenstellung nicht gegeben und trotz dieser Erklärung läßt es sich, nach wie vor, nicht einsehen, weshalb ein Gesetz, das die Untreue auf die Verletzung vermögensrechtlicher Interessen beschränken will, dann nicht so konsequent ist, von einem Handeln zum Nachteil der anvertrauten Sachen, der anvertrauten Vermögensstücke allein zu reden und die anvertrauten Personen, welche unter dieser Voraussetzung gar nicht hieher gehören, zu ignorieren.

Wenn gegen unsere Meinung ferner gewöhnlich und so auch vom Reichsgericht (Bd. 16 S. 77 ff.) der Umstand ins Feld geführt wird, daß durch die Stellung des Betrugs und der Untreue in demselben Abschnitt des Strafgesetzbuchs bekundet werde, daß der Untreue gleichwie dem Betrug nur eine vermögensrechtliche Bedeutung zukomme, so ist dies Vorbringen nicht schlüßig. Denn es kann diese Zusammenstellung beider Delikte schon durch den überwiegend vermögensrechtlichen Charakter der Untreue hervorgerufen worden sein [49]).

---

49) Temme (z. B. Glossen z. pr. St.G.B. § 246) und Oppenhoff (Erl. des pr. St.G.B. § 246 A. 1) wollten schon für das preußische Strafgesetzbuch aus „der Stellung des Titels über Untreue unter den Vergehen gegen das Vermögen" schließen, daß die Untreue sich nur auf das Vermögen beziehe. Allein schon diese Voraussetzung, als ob die Untreue im pr. St.G.B. mitten unter lauter Vermögensdelikten plaziert sei, ist nicht richtig, wie denn Oppenhoff selbst l. c. zu § 247 A. 6 der gewinnsüchtigen Urkundenfälschung, welche sich unmittelbar an die Untreue anschließt, eine durchaus

Ferner ist es unerfindlich, wie (nach Schwarze, Komm. 5. Auflage Anm. 3) der Schlußsatz des § 266 dafür Beweis liefern soll, daß das ganze Delikt der Untreue von exklusiv vermögensrechtlicher Natur sei. In dem „Schlußsatz", unter welchem doch nur der Inhalt des Absatz 2 von § 266 verstanden sein kann, ist, wie unten näher zu zeigen sein wird, die Eventualität behandelt, daß der Thäter die Absicht hat, sich oder einem Anderen einen Vermögensvorteil zu verschaffen. Es ist nun lediglich nicht einzusehen, wie aus dieser Fixierung eines speziellen Erschwerungsfalles ein maßgebender Rückschluß auf die Tragweite der einfachen generellen Untreue gezogen werden könnte.

Olshausen (Komm. zu § 266, 2 a) drückt sich dahin aus, daß das Vergehen der Untreue gegen die Person wegen seines innerlich ganz verschiedenen Wesens unmöglich mit den übrigen Fällen der Untreue mitten unter den Vermögensdelikten hätte abgehandelt werden können. Allein dem läßt sich entgegensetzen, daß im letzten Grunde ein sehr tiefgehender Unterschied insbesondere zwischen Handlungen der Vormünder, welche die Mündel in Bezug auf ihre Person und solchen, welche sie in Bezug auf ihr Vermögen benachteiligen, doch nicht besteht. Und zudem wäre dies jedenfalls nicht der einzige Fall, in welchem das Strafgesetzbuch ganz ungleichartige Delikte in einen Abschnitt zusammengestellt hätte, wie es z. B. die ihrer Natur nach als Vermögensdelikt sich darstellende Kreditgefährdung im § 187 mitten unter die Beleidigungen oder in ebenso unpassender Weise die „Entführung einer minderjährigen Frauensperson mit deren Willen" (§ 237) mitten unter die Delikte wider die persönliche Freiheit aufgenommen hat.

Wenn dann Schwarze im Kommentar zu § 266 (Anm. 3) geltend macht, die Berufszweige und Geschäftskreise der im Paragraphen genannten Personen sprechen für die von uns verworfene Auffassung, so ist dies eine schiefe Behauptung, da ja die Vormünder und eventuell auch die Kuratoren insbesondere, unter Umständen sogar ausschließlich mit der Sorge für das persönliche Wohl des Pflegebefohlenen betraut sind.

Man könnte nun außerdem vorbringen, daß bei konsequenter Durchführung unserer Ansicht kaum mehr eine Grenze sich finden

---

nicht bloß vermögensrechtliche, sondern eine auch auf Freiheit, Ehre, Familien- und andere Rechte bezügliche Bedeutung zuspricht.

lasse, wie denn Geyer (Grundriß des Strafrechts S. 62) sogar behauptet, daß dann die Sphäre der Untreue überhaupt über das Gebiet des Strafrechts hinausgienge. Allein auch dieser Einwand ist nicht stichhaltig, da eine verständige Praxis das Wort „Nachteil“ nicht in einer pedantisch kleinlichen Weise auslegen wird, sondern natürlich stets einen als wesentlich erscheinenden Nachteil erfordern wird.

Wenn sodann (z. B. von Oppenhoff Komm. z. pr. St.G.B. § 246 Anm. 1 und Komm. zum deutsch. St.G.B. § 266 Anm. 2) geltend gemacht wird, die Geschichte des Deliktsbegriffs der Untreue spreche dafür, daß dieselbe überhaupt nur Vermögensdelikt sei, so ist dem gegenüber darauf hinzuweisen, daß schon das ehemalige gemeine Recht den Vormund gleichfalls nicht bloß im Fall der vermögensrechtlichen Beschädigung seines Mündels bestraft hat. Vgl. die Reichspolizeiordnung von 1577 titel 32 § 3, welche „den Vormund wegen Fahrlässigkeit und Vervorteilung bei seinem Pflegkind oder dessen Gütern mit Strafe bedroht“ [49 a]). Ja, speziell die Geschichte des Deliktsbegriffs in unserem Jahrhundert spricht, wie Goltdammer Materialien II. S. 561 mit Recht bemerkt, positiv dafür, daß die Untreue auch die persönliche Benachteiligung umfaßt. Denn die Revision des preußischen Strafgesetzentwurfs von 1845 hat ausdrücklich erklärt, daß die Untreue auch auf die Verletzung rein persönlicher Interessen und Rechte auszudehnen sei, und, wenn diese Beziehung der Untreue auf persönliche Benachteiligung später wieder aufgegeben worden wäre, hätte dies hienach wieder einer ausdrücklichen Erklärung bedurft, was aber nicht geschehen ist.

Es ist denn auch ganz richtig, wenn das preußische St.G.B. (in § 246 Z. 1) und das deutsche St.G.B. (in § 266 Z. 1) nicht bloß pekuniäre Benachteiligungen kriminell ahnden, sondern auch die treulosen Beeinträchtigungen persönlicher Interessen, welch' letztgedachte Handlungen vielfach ungleich verwerflicher sind als die ersteren.

VIII. Eine andere Streitfrage geht dahin, ob zum Thatbestand der Untreue i. S. von § 266 Z. 1 St.G.B.'s der wirkliche Ein-

---

49 a) Im allgemeinen preußischen Landrecht, dem eigentlichen Schöpfer unseres Deliktsbegriffs, war die Frage, ob derselbe auf die Verletzung rein persönlicher Rechte zu beziehen sei, wenigstens für manche der dort angeführten Fälle von Untreue unentschieden gelassen und daher wie im heutigen Recht streitig. Wahlberg, kl. Schriften 2 S. 195.

tritt eines Nachteils gehört oder ob es genügt, wenn das Verhalten des Vormunds 2c. geeignet ist, einen Nachteil herbeizuführen. Dieser Streit wird in ernstlicher Weise nur gelegentlich der Auslegung der Z. 1 des § 266 geführt. Denn für die Z. 3 ist die Frage durch den gewählten Ausdruck „benachteiligen" unzweideutig im ersteren Sinn entschieden und auch für die Z. 2 ist diese engere Bedeutung, wie aus dem Ausdruck „verfügen" hervorgeht, unbedenklich anzunehmen. Die Ziffer 2 und 3 erfordern die wirkliche Zufügung eines Nachteiles.

Es liegt nun nahe, gerade aus der verschiedenen Terminologie der Ziffer 2 und 3 gegenüber derjenigen der Z. 1 den Schluß zu ziehen, daß das Gesetz im Fall der Z. 1 nicht das nämliche gemeint hat, wie in den anderen Ziffern, da es sonst wohl nicht ohne Not einen anderen Ausdruck gebraucht hätte. Obwohl der Ausdruck der Z. 3 „benachteiligen" sehr wohl gepaßt hätte, hat es denselben in Z. 1 nicht verwendet. Wenn man ferner den Wortlaut der Z. 1 „wer absichtlich zum Nachteil handelt" ungezwungen und natürlich auslegen will, so gelangt man wirklich zu dem Ergebnis, daß hier der Eintritt des Erfolgs unter die Thatbestandsmerkmale nicht notwendig aufzunehmen ist. Dies ist denn auch unsere Ansicht, welche durch die gegen sie vorgebrachten Gegengründe nicht erschüttert wird. Die Geschichte des Gesetzes gibt weder nach der einen noch nach der anderen Richtung Anhalt; mit ihr läßt sich gegen unsere Ansicht nicht argumentieren.

Das Reichsgericht (E. 16 S. 81) bekämpft dagegen dieselbe damit, daß es ausführt, alle drei Nummern des § 266 betreffen den Thatbestand der Untreue, nur unter anderen faktischen Voraussetzungen und es sei daher nicht anzunehmen, daß das Gesetz in Nr. 1 von einem verschiedenen Gesichtspunkt ausgehen wollte, als in Nr. 2 und 3, indem es im ersteren Fall den Erfolg nicht als Thatbestandsmerkmal ansehe, in den letzteren Fällen aber ihn hinzuzähle. Diesem Standpunkt des Reichsgerichts läßt sich aber entgegenhalten, daß nicht abzusehen ist, weshalb das Gesetz die Nr. 1 nicht unter ganz anderem Gesichtspunkt sollte kriminalisieren können, als die Nr. 2 und 3, ja daß es sehr wohl erklärlich ist, wie das Gesetz gegenüber den mit besonders verantwortungsvollen Funktionen ausgestatteten Personen der Nr. 1 strenger vorgehen wollte, als gegenüber den verhältnismäßig weniger einflußreichen Kategorien der Nr. 2 und 3.

Endlich möge zu Gunsten der hier vertretenen Ansicht noch darauf hingewiesen werden, daß auch das neue Gesetz über die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften von 1884 im Art. 249, dessen Thatbestand nach den Motiven möglichst umfassend werden sollte, sich des nämlichen Ausdrucks „handeln zum Nachteil“ bedient [50]).

IX. Das Gesetz hat eine nähere Bestimmung darüber nicht getroffen, in welcher Weise die „Handlung“ i. S. der Z. 1 § 266 erfolgen soll. Es genügt auch eine Unterlassung. Denn es besteht nirgends ein Zweifel daran, daß der Ausdruck „handeln“ im Strafgesetzbuch überhaupt eine weitere Bedeutung hat und somit auch das „unterlassen“ in sich begreift. Vgl. übrigens noch die Ausführungen hierüber bei: Landsberg, die Kommissivdelikte durch Unterlassung 1890 S. 182—184, welchen wir uns durchaus anschließen können. In Betracht kommt schon der § 1 des Strafgesetzbuchs, da derselbe in Bezug auf sämtliche Delikte des St.G.B.'s, unter denen bekanntlich nicht wenige reine Unterlassungsdelikte sich befinden [51]), den Ausdruck „Handlung“ verwendet. Nirgends im Strafgesetzbuch läßt sich eine Abweichung von diesem Sprachgebrauch nachweisen, im Gegenteil spricht die Benützung des Worts „Handlung“ gerade in weiteren allgemeinen Paragraphen, in welchen sich dasselbe zweifellos gleichfalls auf alle Delikte des Gesetzes bezieht (z. B. §§ 55, 57, 67 letzter Absatz; 78 2c.) für diese weitere Bedeutung und ist betr. § 266 Z. außerdem die ratio legis für dieselbe anzuführen, da es keinen Sinn haben würde, hier einen Unterschied zwischen positiven Handlungen und Unterlassungen zu machen, indem vielmehr in beiden Fällen im wesentlichen die nämliche subjektive Verschuldung des Delinquenten vorliegt.

X. Was den subjektiven Thatbestand anbelangt, so ist derselbe für die Ziffern 1—3 des § 266 gleichmäßig geregelt, indem das Gesetz stets „Absichtlichkeit“ verlangt. In der hier in Betracht kommenden Z. 1 wird erfordert, daß der Thäter „absichtlich“ zum Nachteil der oben bez. Personen oder Sachen handle. Es wird nun darüber gestritten, ob damit bezeichnet werden wollte, daß für den Thäter die Herbeiführung des Nachteils den Endzweck, das leitende Motiv seines Handelns bildete oder ob hier unter

---

50) Ganz das nämliche gilt über den § 140 des neuen Genossenschaftsgesetzes von 1889 und dessen Tendenz.

51) Z. B. die Uebertretungen der §§ 361 Z. 9, 368 Z. 2 2c.

„Absicht“ lediglich das verstanden werden sollte, was man sonst „Vorsatz“ heißt, nämlich nur das, daß der Thäter die objektiven deliktischen Thatbestandsmerkmale mit Wissen und Wollen verwirklichte. Die letztere Ansicht, welche u. a. auch vom R.G., von Hälschner 2, 393, H. Meyer S. 726, v. Liszt S. 472, Schwarze Nr. 1, vertreten wird, ist die richtige.

Es ist unerfindlich, wie man (vgl. Goltdammer Bd. 19 S. 322; Oppenhoff, Rechtsprechung Bd. XII. S. 178) aus dem 2. Absatz des § 266 die Richtigkeit der erstgedachten Ansicht ableiten will.

Ferner berufen sich die Gegner auf die Geschichte des § 266. Im preußischen Strafgesetzbuch nämlich § 246 Z. 1 und 2, aus welchen die Z. 1, 3 unseres § 266 hervorgegangen sind, war von „Vorsätzlichkeit“, nicht von „Absichtlichkeit“ die Rede. Man beruft sich nun darauf, das Wort „vorsätzlich“ werde tendenziös in „absichtlich umgewandelt worden sein und verwertet also diesen Umstand zu Gunsten der erstgedachten Ansicht. Außerdem bezieht man sich darauf, daß das deutsch. Strafgesetzbuch anerkannter Maßen [52]) in der Regel mit dem Terminus „Absicht“ allerdings die Bedeutung von „Motiv Endzweck“ verbindet.

Trotzalledem ist an dem Standpunkt, daß „absichtlich“ in § 266 identisch mit „vorsätzlich“ ist, unverrückt festzuhalten. Es ist im § 266 mit ersterem Ausdruck nur bezeichnet, daß der Thäter die objektiven Deliktsmerkmale als gewollte wissentlich verwirklicht. Wenn man genauer zusieht, steht dem der Umstand nicht entgegen, daß in dem § 246 preuß. St.G.B. der Ausdruck „vorsätzlich“ verwendet worden war. Denn der Umänderung dieses „vorsätzlich“ in „absichtlich“ sollte bei der Uebernahme der Untreue vom preußischen ins deutsche Strafgesetzbuch eine sachliche Bedeutung nicht zukommen. Daß eine sachliche Aenderung hier nicht anzunehmen ist, folgt daraus: in den Motiven zum Entwurf des deutschen Strafgesetzbuchs, wo tendenziös die Abweichungen vom preußischen Strafgesetzbuch aufgezählt und gerechtfertigt sind, wäre sonst dieser Punkt wohl nicht, wie geschehen ist, mit Stillschweigen übergangen worden. Was sodann den der Terminologie des deutsch. Strafgesetzbuchs überhaupt entnommenen Einwand betrifft, so ist darauf

52) Vgl. Lucas, die subjektive Verschuldung § 9, und Ortloff, Gerichtssaal Bd. 34 S. 401 ff.

hinzuweisen, daß unsere Gesetzesstelle nicht das einzige Beispiel ist, wo das Wort „absichtlich“ im deutsch. Strafgesetzbuch die gleiche Bedeutung wie „vorsätzlich“ hat. Es bestehen auch sonstige Stellen des Gesetzbuchs, in denen „absichtlich“ bezw. „beabsichtigen“ von der Regel abweichend gleichfalls nur den Vorsatz bezeichnen, so namentlich die vom Versuch handelnden §§ 43 und 46, in welchen vom beabsichtigten Verbrechen bez. der beabsichtigten Handlung die Rede ist oder in § 48 St.G.B., wo von der absichtlichen Herbeiführung oder Beförderung eines Irrtums gehandelt wird. In beiden letztgedachten Fällen ist es ganz klar, daß „beabsichtigen“ und „absichtlich“ auf den Endzweck der Handlung sich nicht beziehen kann.

Durchaus unrichtig ist die Behauptung, daß diese Bedeutung von „absichtlich“ in Widerspruch mit dem gemeinen Sprachgebrauch stehe.

Von entscheidender Bedeutung für die Richtigkeit der hier vertretenen Ansicht ist noch folgender Grund. Es ist bereits angeführt worden, daß die Untreue dann qualifiziert ist, wenn den Thäter das Motiv leitet, sich oder einem Anderen einen Vermögensvorteil zu verschaffen. Wäre nun zum einfachen Delikt erforderlich der Endzweck, einen Anderen zu benachteiligen, so würde das Gesetz die gewiß selten zutreffende Eventualität, daß der Thäter durch das Delikt zugleich den Schaden des Andern und den eigenen Gewinn, jeden um seiner selbstwillen, erstrebt, mit der erhöhten Strafe bedrohen, während der Fall, daß der Thäter allein aus Gewinnsucht handelt, unbegreiflicher Weise ganz straffrei sein würde! Zudem würde eine derartige Regelung dem sonstigen System des Strafgesetzbuchs in irrationell singulärer Weise widersprechen. Nur dann gelangt man hienach zu vernünftigen Resultaten, wenn das Wort „absichtlich“ hier in einem von „vorsätzlich“ nicht verschiedenen Sinne ausgelegt wird. So hat denn auch der dem § 266 St.G.B.'s nachgebildete Art. 249 A. Hand.G.B.'s nach dem hiezu vorliegenden Kommissionsbericht S. 34 das gleichfalls gebrauchte Wort „absichtlich“ in unseren Sinn verstanden[53]).

In der Konsequenz unserer Auffassung muß dolus eventualis genügen. Es ist nicht vorausgesetzt, daß sich der Thäter den

53) Immerhin wäre es zur Vermeidung von Mißverständnissen richtiger gewesen, wenn das St.G.B. in § 266 statt „absichtlich“ den Ausdruck „vorsätzlich“ gebraucht hätte, wodurch dann auch eine Gleichförmigkeit mit dem Sprachgebrauch des verwandten § 92 Z. 3 St.G.B.'s hergestellt worden wäre.

Eintritt des Nachteils bei seinem Handeln als notwendig denkt, vielmehr ist dem Gesetz entsprochen, wenn er sich ihn dabei als möglich vorstellt.

XI. Wenn Olshausen in seinem Kommentar Anm. 13 zu § 266 der Ansicht ist, daß das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit der Handlung als Merkmal des Dolus bei der Untreue erforderlich sei, so ist hier dieser Ansicht — wenigstens im Ergebnis — beizustimmen. Denn wie man sich auch zu der bekannten allgemeinen Kontroverse darüber, ob das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit Erfordernis bei den vorsätzlichen Delikten überhaupt sei, stellen mag, jedenfalls ist dies Bewußtsein naturgemäs notwendig bei einem Delikt wie der strafbaren Untreue, dessen Wesen gerade in der Verletzung eines vorhandenen Rechtsverhältnisses besteht. Würde man hier dies Erfordernis negieren, so würde man hier zu ganz irrationellen Resultaten gelangen, was einer weiteren Ausführung nicht bedarf.

XII. Schließlich ist zu erwähnen, daß zwar der Name „Untreue“ auf eine vorsätzliche Begehung des Delikts hinweist, übrigens wissenschaftlich betrachtet eine kulpose Verübung des Vergehens sehr wohl denkbar ist, wie denn auch einstens die Reichspolizeiordnung von 1577 im Titel 32 § 3 in der That ausdrücklich auch die Fahrlässigkeit des Vormunds mit Strafe bedroht hat [54]).

Daß das heutige deutsche Recht die Strafbarkeit bloß auf vorsätzliche Begehung beschränkt, ist sehr natürlich und wohl begreiflich, da sonst die Stellung der Vormünder rc., welchen ohnedies in der Regel ihre Funktion keinen Vorteil, sondern nur Geschäfte bringt, in unbilliger Weise schwierig gemacht würde und, da in allen diesen Fällen die sonstigen bestehenden Folgen (Schadensersatzansprüche, Einschreiten der Obervormundschaftsbehörde rc.) eine weitere Sühne als überflüssig erscheinen lassen.

---

54) Daß die R.P.O., welche von Fahrlässigkeit überhaupt spricht, doch nur grobe, nicht auch leichte Fahrlässigkeit im Auge hatte, ist wohl zweifellos. Denn wenn schon die geringe Fahrlässigkeit kriminalisiert gewesen wäre, so wäre dadurch die Vormundschaftsführung in derart sinnloser und ungerechter Weise erschwert worden, wie es im Sinn eines vernünftigen Gesetzgebers unmöglich gelegen sein konnte. Auch Henke, Handbuch des Kriminalrechts 3. Tl. S. 75 teilt, wie aus seinen Ausführungen implicite zu ersehen ist, diese Ansicht.

§ 5.

Die Untreue i. S. der Z. 3 des § 266 St.G.B.'s.

Durch die Z. 3 des § 266 St.G.B.'s werden „Feldmesser, Versteigerer, Mäkler, Güterbestätiger, Schaffner, Wäger, Messer, Bracker, Schauer, Stauer und andere zur Betreibung ihres Gewerbes von der Obrigkeit verpflichtete Personen mit Strafe bedroht, wenn sie bei den ihnen übertragenen Geschäften absichtlich diejenigen benachteiligen, deren Geschäfte sie besorgen".

I. Was nun die Subjekte dieser Art von Untreue betrifft, so sind

1. eine Anzahl unter das Gesetz fallender Kategorien von Gewerbetreibenden namentlich aufgezählt, während im übrigen eine clausula generalis beigefügt ist. Hervorzuheben ist, daß auch die als Beispiele ausdrücklich genannten Personen unter die Begriffsgrenzen der clausula generalis fallen müssen, d. h. auch sie müssen zur Betreibung ihres Gewerbes von der Obrigkeit verpflichtet sein, widrigenfalls sie der Norm des Z. 3 nicht unterstehen. Denn bei dem Wortlaut des deutschen Strafgesetzbuchs, sowie bei der Art der von ihm gewählten Interpunktion ist diese unsere Annahme keinem Bedenken unterworfen [55]).

Im allgemeinen ist bezüglich der Subjekte der Z. 3 des § 266 zu betonen, daß dieselben Gewerbetreibende sein müssen.

Die Antwort auf die Frage, wie weit die Sphäre der Gewerbetreibenden [56]) hier gegenüber sonstigen Personenkategorien reicht, kann nicht einfach dem speziellen Gewerbegesetz, der Reichsgewerbeordnung entnommen werden. Denn die letztere, welche übrigens eine ausdrückliche Definition des Gewerbebegriffs nicht enthält, sondern denselben nur nach bestimmten Richtungen hin exemplifiziert und durch Ausscheidung einzelner Berufszweige (§ 6 Gew.O.) beschränkt, begrenzt den Kreis der Gewerbetreibenden zunächst für ihre eigenen Zwecke, womit diejenigen des Strafgesetzbuchs § 266 Z. 3 nicht notwendig zusammenfallen. Es handelt

---

55) Oppenhoff Anm. 23 zum deutsch. St.G.B. § 266 ist gleicher Ansicht; in Bezug auf das preußische Strafgesetzbuch jedoch (vgl. seine Erl. 11 zu dessen § 246) hatte er eine andere Meinung (?).

56) Vgl. auch §§ 369 Nr. 2, 3 und § 222 Abs. 2 St.G.B.'s.

sich zwar bei dem „Gewerbe" der Gewerbeordnung, wie bei demjenigen i. S. von Strafgesetzbuch § 266 Z. 3 um die Ausübung einer Thätigkeit zum Zweck des fortgesetzten Vermögenserwerbs, aber der Kreis der von beiden Gesetzen geregelten unter diesen Rahmen fallenden Personenkategorien ist ein verschiedener. Der Kreis der im § 266 Z. 3 des St.G.B.'s gemeinten Gewerbetreibenden ist einerseits selbstverständlich viel enger, als derjenige, auf welchen sich die Gewerbeordnung bezieht, indem gerade die wichtigsten Arten des von der Gewerbeordnung regulierten Gewerbes im § 266 keine Rolle spielen. Andererseits hat die Reichsgewerbeordnung (§ 6) von den in ihr geregelten Thätigkeiten u. a. ausdrücklich prinzipiell, wenn auch nicht in konsequent durchgeführter Weise, die Ausübung der Heilkunde ausgeschlossen, während kein Grund dazu vorhanden ist, den § 266 Z. 3 nicht auch auf Medizinalpersonen — unter der Voraussetzung der sonstigen im Paragraphen aufgestellten Bedingungen — zu beziehen (s. u.). Während mithin im Sinn der Gewerbeordnung solche Personen, deren Berufsthätigkeit eine höhere wissenschaftliche Bildung voraussetzt, grundsätzlich nicht zu den Gewerbetreibenden gehören [57]), sind auch solche zum Teil unter Umständen der Z. 3 des § 266 zu unterstellen und erscheinen in dieser Beziehung als Gewerbetreibende.

Da das Gesetz, wie sein Wortlaut ergiebt, in der Z. 3 nur Gewerbetreibende voraussetzt, kann dasselbe keine Anwendung finden, sobald Beamte als solche die in der Z. 3 bezeichneten Funktionen wahrnehmen, ein Fall, welcher landesrechtlich (vgl. z. B. die Stellung der Fleischbeschauer in Baiern und Baden R.G.Entscheidungen Bd. 9 S. 139 und Bd. 19 S. 197) mannigfach vorkommt.

Es ist übrigens zu beachten, daß derartige Beamte, dennoch nebenbei — neben ihrer amtlichen Thätigkeit — als Gewerbetreibende erscheinen können, soweit sie nämlich als erlaubten Nebenerwerb Aufträge von Privaten ausführen. Der Vollzug der letzteren gehört dann nicht zu ihren Amtsobliegenheiten, wenn es auch die für das Amt erworbenen Kenntnisse sind, welche sie zur Ausführung dieser Aufträge befähigen.

Dagegen ist es widersinnig und deshalb ausgeschlossen, daß jemand die nämliche Funktion zugleich als Beamter und

---

57) Vgl. Georg Meyer, deutsches Verwaltungsrecht I. S. 351.

Gewerbetreibender ausübt. Insbesondere kann dies u. a. nicht bei dem Schornsteinfegergewerbe zutreffen. Die Schornsteinfeger, welche die Gewerbeordnung nur als Gewerbetreibende kennt, sind daher, trotzdem daß sie nach manchen Landesrechten (z. B. nach der württembergischen Kaminfegerordnung v. 3. Oktober 1876) wichtige Berührungspunkte mit den Staatsdienern haben, doch nur als Gewerbetreibende aufzufassen[58]).

Endlich müssen die Subjekte der Z. 3 „von der Obrigkeit verpflichtet" sein. Unter den Begriff der Obrigkeit fallen die Staats- und Kommunalbehörden. Zu eng sind die Grenzen gefaßt, wenn Oppenhoff, Komm. in Note 23 zu § 266 die obrigkeitliche Verpflichtung nur auf eine solche durch Staats- oder Gemeindebehörden bezieht. Denn man hat — in Uebereinstimmung mit § 36 Gew.O. — unter dem Begriff „Obrigkeit" außer den Staatsbehörden alle verfassungsmäßig zur Verpflichtung befugte Kommunalbehörden zu verstehen d. h. außer den Gemeindebehörden auch die hiezu berechtigten Behörden der Kommunalverbände höherer Ordnung z. B. der Kreise, Bezirke 2c. 2c. Korporationen dagegen lassen sich, wenn ihnen auch die Gewerbeordnung (§ 36) gleichfalls das Recht der Verpflichtung von Gewerbetreibenden zuerkennt, als „Obrigkeit" nicht bezeichnen und genügt daher eine Verpflichtung durch sie den Anforderungen des § 266 Z. 3 nicht.

Aus dem Wortlaut des Gesetzes ergiebt sich endlich, daß die Aufstellung eines Gewerbetreibenden durch die kompetente Behörde nicht genügt, sondern daß, wenn der § 266 Z. 3 Anwendung finden soll, auch hier eine obrigkeitliche Verpflichtung nachzufolgen hat; noch weniger würde natürlich eine bloße behördliche Konzessionierung hinreichend sein.

2. Ueber die durch den § 266 Z. 3 St.G.B.'s expresse bezeichneten Beispiele ist im einzelnen folgendes zu bemerken:

a) Zu den „Feldmessern" gehören auch die mit der Vermessung von Bergwerksanlagen spezifisch betrauten sog. Markscheider. Dieselben sind nach der Art ihrer Verrichtungen auch im § 36 Gew.O., aus welchem nach den Motiven zum Strafgesetzbuch der Ausdruck „Feldmesser" in letzteres herübergenommen wurde, unter diesem Terminus begriffen, indem der Umstand, daß für sie noch die weitere spezielle Vorschrift des § 34 Abs. 3 Gew.O. vorhanden

58) Vgl. Karl Schenkel, Erläuterung der deutschen Gewerbeordnung 2. Aufl. 1. Bd. S. 305 Abs. 5.

ist, dem nicht entgegensteht (vgl. Schenkel, cit. Erl. der Gewerbe-Ordnung S. 291. 276).

b) Das Strafgesetzbuch hat, wohl nur um das Fremdwort zu vermeiden, statt des in den §§ 35 und 36 Gewerbeordnung gebrauchten Ausdrucks „Auktionator" die Bezeichnung „Versteigerer" verwendet. Dieselbe ist selbstverständlich im Sinn der Gewerbeordnung, aus welcher sie — wenigstens sachlich — rezipiert wurde — zu verstehen. Nicht bloß ein Versteigerer von Mobilien, sondern auch ein solcher von Immobilien, soweit dies nach den maßgebenden Gesetzen überhaupt im Gewerbebetrieb geschehen darf, fällt eventuell unter die Z. 3, da das Gesetz in dieser Richtung keinen Unterschied macht, auch ein vernünftiger Grund für diese Unterscheidung nicht vorhanden ist. Daß Gerichtsvollzieher nicht hieher gehören, folgt schon daraus, daß dieselben überhaupt keine Gewerbetreibende, sondern Beamte sind (s. unter § 6).

c) Daß unter dem Ausdruck „„Mäkler" nicht alle und jede Kategorie derselben zu verstehen ist, ergiebt sich schon daraus, daß dieselben, wie oben I. 1. a. A. ausgeführt wurde, zur Betreibung ihres Gewerbes von der Obrigkeit verpflichtet sein müssen. Es kommen also insbesondere die publizistischen Handelsmäkler i. S. der §§ 66 ff. des H.G.B.'s, nicht aber Privathandelsmäkler in Betracht.

d) Die Anführung der Güterbestätiger, Schaffner, Wäger, Messer, Bracker, Schauer und Stauer entspricht der nämlichen Aufzählung in dem cit. § 36 der deutschen Gewerbeordnung, in welche sie aus den früheren preußischen Gewerbegesetzen herübergenommen wurde und sind eben diese Gewerbetreibende, wie schon in dem Art. 113 des preußischen Gewerbepolizeigesetzes vom 7. September 1811 ausdrücklich erklärt ist, als Beispiele für die Kategorie solcher Personen anzusehen, welche die Quantität, Qualität bezw. richtige Verpackung von Waren feststellen. Vgl. auch preuß. allg. Gewerbeordnung vom 17. Januar 1845 § 52. Es ist bedauerlich, daß das einheitliche Gesetzbuch für das deutsche Reich hier Einzelbezeichnungen gewählt hat, welche dem Sprachgebrauch nur eines einzelnen Teiles desselben angehören und somit in anderen deutschen Gegenden nicht leicht verständlich sind. Hier ist über diese Kategorien im einzelnen anzuführen:

Was den Namen „Güterbestätiger" betrifft, so bedeutet „bestätigen" sprachlich s. v. wie versichern asserere. Das Be-

stätigen der Güter (Waren) bedeutet in diesem Zusammenhang ohne Zweifel die Feststellung ihrer Beschaffenheit.

„Schaffner“ bezeichnet i. a. eine Person, die etwas besorgt („schafft“), insbesondere für einen anderen etwas besorgt. Hier handelt es sich nach dem Zusammenhang der Stelle um eine örtliche Bezeichnung für ein Dienstleistungsgewerbe, welches sich im Rahmen der oben angegebenen allgemeinen Begriffsbegrenzung hält.

Die Ausdrücke „Messer und Wäger“ verstehen sich von selbst. Es kommen namentlich solche Personen in Betracht, welche in Häfen, auf Märkten u. s. w. mit dem Messen und Wägen der Massegüter z. B. von Holz, Getreide, Tabak u. s. w. sich befassen. Ueber Wäger vgl. u. a. das preußische Gewerbepolizeigesetz vom 7. September 1811 §§ 116.117.

Was den Namen „Bracker“ betrifft, so hängt derselbe mit dem niederdeutschen Wort „Brack“ zusammen, welches s. v. wie Ausschuß bedeutet; man spricht von etwas, was „ausgebrackt“ d. h. als untauglich ausgesondert wird. Vgl. z. B. die Ausdrücke: Brackvieh, Brackheringe 2c. Bracker bedeutet daher eine Person, welche zur Aussonderung von Waren bestellt ist.

Der Ausdruck „Schauer“ ist wohl zweifellos participium von dem bekannten verbum „schauen“. Die Schauer im hiehergehörigen technischen Sinn besorgen als selbständige Gewerbetreibende das Entladen und Löschen der Schiffe. Dieselben sind nicht zu verwechseln mit den sog. „Beschauern“, zu welch' letzteren namentlich die Fleischbeschauer gehören. Diese Fleischbeschauer fallen allerdings auch, jedoch nur vermöge der erwähnten clausula generalis, insoweit unter die Z. 3 § 266, als sie nicht (vgl. I. 1) Beamte sind (wie in Baiern).

Der Name „Stauer“ endlich stammt zweifellos von „stauen“ (stauchen) s. v. w. stehen machen, fest schichten, ab. Letzteres Zeitwort findet sich nach Adelung, Wörterbuch u. a. in der Verbindung von „Waren in ein Faß, in ein Schiff stauchen, stauen“ d. h. wohl: sie fest zusammensetzen, so daß kein leerer Raum zwischen ihnen besteht. Man versteht denn unter Stauung technisch das Einladen der Transportwaren in ein Seeschiff (im Gegensatz zum Entladen, das die Schauer besorgen). Beim Beladen der Seeschiffe sind abgesehen von dem, was der Sache den Namen gegeben haben mag, noch gewisse weitere Regeln zu beobachten, insbesondere müssen die schweren Gegenstände nach unten und hinten gebracht

werden, damit der Schwerpunkt des Schiffs nicht zu hoch liegt und damit dasselbe vornen höher aus dem Wasser hervorragt, als hinten. Auch dürfen Güter, welche einander leicht beschädigen könnten, nicht zusammengepackt werden. In den Hansestädten machen sich Personen ein Gewerbe daraus, daß sie das Einladen in die Schiffe übernehmen, die hiezu erforderlichen Gerätschaften halten und geeignete Arbeiter dafür engagieren. Solche Gewerbetreibende, welche hienach die richtige Verpackung rc. der Waren zu besorgen und festzustellen haben, nennt man technisch „Stauer". Der Name findet sich, abgesehen von den obengenannten Gewerbegesetzen und dem Unfallversicherungs-Ausdehnungsgesetz vom 28. Mai 1885 § 1 Z. 5, insbes. im Art. 481 des Handelsgesetzbuchs. Vgl. auch Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts Bd. 19 S. 263 und diejenigen des Reichsgerichts in Zivilsachen Bd. 10 S. 18; vgl. endlich Kaltenborn, Grundsätze des europäischen Seerechts I. S. 281.

3. Sieht man nun von den ausdrücklich aufgeführten Beispielen des Gesetzes ab, so gehören unter die Ziffer 3 des § 266 insbesondere noch weitere Personen, welche die Beschaffenheit, Menge bezw. richtige Verpackung von Waren feststellen, vor allem aber solche, welche den Feingehalt edler Metalle (vgl. das Reichsgesetz über den Feingehalt von Gold- und Silberwaren vom 16. Juli 1884) gewerbsmäßig zu bekunden haben.

Was die Rechtssprechung anbelangt, so ist u. a. für richtig zu erachten das bei Schwarze, Gerichtszeitung für Sachsen Bd. 16 S. 189 abgedruckte Erkenntnis des K. O.A.Gerichts Dresden, wonach ein von einem Gerichtsamt in Pflichten genommener Tierarzt zu den zur Betreibung ihres Gewerbes obrigkeitlich verpflichteten Personen gezählt ist.

U. a. gehören zu diesen Gewerbetreibenden auch die Kaminfeger nach württembergischen Recht. Vgl. die württ. Ministerialverfügung vom 3. Okt. 1876 (Reg.Bl. S. 385 ff.).

Es ist fast selbstverständlich, was Schwarze, Komm. 5. Aufl. S. 783 Anm. 1 ausdrücklich hervorhebt, daß nämlich kaufmännische Kommissionäre nicht hieher gehören, da diese in keiner Weise obrigkeitlich verpflichtet werden und eine Ausdehnung der Norm auf andere Personen schon nach dem Verbot der Analogie im § 2 Absatz 1 des Strafgesetzbuchs unzulässig wäre, zumal da es sich hier um jus singulare handelt.

Dagegen dürfte es de lege ferenda zu befürworten sein, den Kreis der Personen, welche in der die Tragweite der Z. 2 § 266 überschreitenden Ziffer 3 unter Strafdrohung gestellt sind, noch weiter auszudehnen auf andere Gewerbetreibende z. B. gerade auf Kommissionäre, Vermittlungsagenten ꝛc., welche zwar nicht obrigkeitlich verpflichtet sind, deren das öffentliche Interesse berührender Beruf aber gleichwohl eine entsprechende Strafsanktion angezeigt macht.

II. Unter Strafe ist gestellt, wenn die unter I. aufgeführten Personen bei den ihnen übertragenen Geschäften absichtlich diejenigen benachteiligen, deren Geschäfte sie besorgen. Ob die Benachteiligung durch positive Handlungen oder durch Unterlassungen erfolgt, ist in Anbetracht des allgemeinen Wortlauts der Ziffer für gleichgiltig zu erachten. Unter Berufung auf die oben § 4, VII. enthaltenen Ausführungen, welche hier zum großen Teile gleichfalls verwendbar sind, wird von uns angenommen, daß auch die Benachteiligung i. S. der Z. 3 nicht notwendig auf das Vermögen sich bezieht. Gleicher Ansicht: H. Meyer S. 725. Zwar handelt es sich hier fast durchgängig um pekuniäre Beschädigungen, jedoch, wie z. B. bei den Geschäften eines Feldmessers, keineswegs ausschließlich und absolut. Wenn — im Gegensatz zu der hier vertretenen Ansicht — Olshausen, Komm. 4. Aufl. § 266, 2 b. u. a. bemerkt, bezüglich der Z. 3 § 266 werde es durch die Fassung des mit „wenn“ beginnenden Zwischensatzes völlig klargestellt, daß der herbeigeführte Nachteil ein Vermögensnachteil sein müsse, so erscheint diese Schlußfolgerung als unverständlich. Es braucht deshalb nicht weiter darauf eingegangen zu werden, zumal Olshausen es unterließ, seine Ansicht näher zu begründen.

Bei dem in der Z. 3 gewählten Sprachgebrauch ist sodann kein Zweifel daran möglich, daß der Eintritt des Nachteils hier zur Vollendung des Delikts erforderlich ist. Daß der Nachteil ein dauernder ist, ist vom Gesetz ebensowenig wie beim Betrug verlangt; späterer Ersatz kann daher einen Vermögensnachteil als Thatbestandsmerkmal des Vergehens nicht wieder beseitigen.

Es ist zu beachten, daß die Benachteiligung nicht „durch die den unter I. genannten Personen übertragenen Geschäfte“, sondern nach dem Wortlaut des Gesetzes „bei den ꝛc. Geschäften“ erfolgt. Es ist mithin nicht notwendig, daß gerade mittels der Art und Weise der Ausführung des übertragenen Geschäftes selbst der Nach-

teil entsteht, sondern die Erfordernisse des Gesetzes sind auch dann erfüllt, wenn der betr. Gewerbetreibende bei der Vollziehung des Auftrags in anderer Weise, übrigens in Bezug auf den Gegenstand der ihm obliegenden Thätigkeit, unredlicher Weise den Geschäftsherrn beschädigt. Die ratio legis, daß es sich um die Verletzung eines bestehenden Vertrauensverhältnisses handelt, trifft im einen, wie im anderen Falle zu. Richtig erscheint daher u. a. die Entscheidung des preußischen Obertribunals bei Goltdammer, Archiv VII. 557, wonach ein als solcher vereidigter Kornmesser, der von einer ihm zum Messen anvertrauten Quantität Getreide einige Metzen sich rechtswidrig zueignete, der Untreue i. S. unserer Ziffer schuldig gesprochen wurde. Was endlich den subjektiven Thatbestand der Z. 3 § 266 betrifft, so sei, insbesondere bezüglich der Auslegung des auch hier verwendeten Worts „absichtlich" auf die obigen Ausführungen in § 4 X. und XI. verwiesen.

§ 6.

Die Untreue i. S. des § 266 Z. 2 St.G.B.'s.

Die praktisch wichtigste Art der strafbaren Untreue im heutigen Recht ist die der Bevollmächtigten § 266 Z. 2 St.G.B.'s. Die Gesetzesbestimmung lautet wörtlich: Bestraft werden Z. 2. „Bevollmächtigte, welche über Forderungen oder andere Vermögensstücke des Auftraggebers absichtlich zum Nachteile desselben verfügen". Es ist diesem Vergehen im Gegensatz zu den bereits behandelten anderen Arten von Untreue, wie aus dem darauf bezüglichen Gesetzestext unzweideutig sich ergiebt, der Stempel eines ausschließlichen Vermögensdelikts aufgeprägt. Angesichts dieser Thatsache erscheint es als unverständlich, wenn Rubo, Komm. zu § 266 Art. 4, dennoch auch die Benachteiligung i. S. unserer Ziffer auf eine solche vermögensrechtliche Natur nicht beschränken will. Das Delikt bezieht sich aber auch nicht auf jede vermögensrechtliche Schädigung, sondern nur auf nachteilige Verfügungen über Forderungen oder andere Vermögensstücke. Daß der strafrechtliche Schutz gegenüber den Bevollmächtigten der Z. 2 nicht so weit reicht wie gegenüber den öffentlichen Funktionären der Z. 1 und 3, ist nach dem schon in der geschichtlichen Einleitung ausgeführten wohl begreiflich.

Nach dieser allgemeinen Vorbemerkung wenden wir uns zu den Einzelheiten der Z. 2.

I. In der Praxis, sowie in der Litteratur ist eine der wichtigsten Fragen diejenige, was unter „Bevollmächtigten" i. S. der Gesetzesstelle begriffen werden solle. Vollmacht und Auftrag sind natürlich keine gleichbedeutenden Begriffe. Auftrag bedeutet unserer Terminologie entsprechend, daß einer für den anderen etwas thun solle, während Vollmacht bedeutet, daß einer die rechtliche Macht hat, für den anderen etwas zu thun. In der Regel wird die Vollmacht auf Auftrag beruhen. Es giebt jedoch anerkanntermaßen Vollmachten, die nicht auf Auftrag gegründet sind. Z. B. die in der Zession liegende dem Zessionar erteilte Vollmacht beruht — nach heutigem Recht — nicht auf Auftrag. Daß es sich nun in der Gesetzesziffer nur um solche Bevollmächtigte handelt, die ihre Vollmacht unmittelbar oder mittelbar auf ein Auftragsverhältnis zurückführen, ergiebt sich aus dem Wort „Auftraggeber", welches in der nämlichen Ziffer dem Ausdruck „Bevollmächtigter" korrelat gegenübertritt.

Was im besondern Teilhaber einer offenen Handelsgesellschaft betrifft, welche durch den Gesellschaftsvertrag nicht im allgemeinen von der Befugnis zur Vertretung der Gesellschaft ausgeschlossen sind, so sind dieselben, wenn auch nach gemeinem Sprachgebrauch, so doch nicht im Sinn des Zivilrechts Bevollmächtigte bezw. Beauftragte der Gesellschaft bezw. ihrer Mitgesellschafter. Denn im Sinn des Zivilrechts können sich sowohl Vollmacht als Auftrag begrifflich nur auf eine freie Willenserklärung des Geschäftsherrn, nicht aber, wie es bei diesen Gesellschaftern der Fall wäre, auf das Gesetz gründen. Es kommen zivilistisch zwar Vollmachten vor, deren Inhalt das Gesetz bestimmt (vgl. die Prokura), allein das Vollmachtsverhältnis geht auch hier auf eine freie Willenserklärung z. B. die Prokura auf die in der Anstellung des Prokuristen liegende Entschließung des Prinzipals zurück. Da nun nicht angenommen werden kann, daß das auf dem von ihm angetroffenen Rechtsboden fußende Strafgesetz, ohne dies ausdrücklich zu erklären, von dem bezeichneten sonstigen juristischen Sprachgebrauch abwich, bleibt, so bedauerlich dies auch de lege ferenda ist, doch de lege lata nichts anderes übrig, als mit Oppenhoff (Komm. zu § 266 Anm. 14) diese von der Vertretung nicht ausgeschlossenen Handelsgesellschafter von den Subjekten der Z. 2 des § 266 auszuscheiden. Faßt man

nun den vollständigen Inhalt der Z. 2 des § 266 St.G.B.'s ins Auge „Bevollmächtigte, welche über Vermögensstücke des Auftraggebers zu dessen Nachteil verfügen", so ist zu erkennen, daß hier auch nicht Bevollmächtigte im erörterten Sinn überhaupt gemeint sind, sondern nur solche, welchen die Befugnis zukommt, über Vermögensstücke des Auftraggebers zu verfügen, m. a. W. für den Machthaber, „dessen Vermögensverhältnisse affizierende Rechtsgeschäft" darüber abzuschließen. Es ist, um mit dem Reichsgericht zu reden, eine Uebertragung von Rechtsgeschäften durch den Auftraggeber und die Uebernahme solcher durch den Bevollmächtigten erforderlich. Der letztere muß rechtserzeugend, rechtsabändernd oder rechtstilgend in Bezug auf Vermögensobjekte und damit überhaupt das Vermögen des Geschäftsherrn nach außen kontrahieren dürfen.

Nicht unanfechtbar erscheint die Reichsgerichtsentscheidung Bd. 3 Nr. 107; es läßt sich die Ansicht wohl verteidigen, daß der dort angeführte Fall ein richtiges Beispiel der Untreue eines Bevollmächtigten enthält.

Da das Gesetz in Ziffer 2 allgemein lautet, so ist es nicht erforderlich, daß der Bevollmächtigte über einen Vermögenskomplex des Machthabers als solchen oder auch nur über mehrere Gegenstände desselben verfügen darf, es genügt vielmehr, wenn er über Einen Vermögensgegenstand zu disponieren befugt ist.

Aus dem Angeführten folgt, daß jemand, der bloß die Verpflichtung hat, Sachen zu verwahren, sich einer Untreue i. S. von Z. 2 § 266 in Bezug auf dieselben nicht schuldig machen kann, weil er eben nur dann „Bevollmächtigter" wäre, wenn er vom Berechtigten ermächtigt sein würde, über die Sachen durch Verkauf 2c. oder in sonstiger die Vermögenslage des letzteren beeinflußender Weise rechtsgeschäftlich zu verfügen.

Gleicher Ansicht: Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen 13 Nr. 64 und 7 Nr. 113.

Daher hätte es — als leicht zu Mißverständnissen führend — in der deutschen Sprachrechtspraxis von Zimmerle II vermieden werden sollen, in Bem. 20 zu § 266 allgemein zu erklären, daß jeder Privatbeauftragte „Bevollmächtigter" sei.

Den Gegensatz zur bezeichneten Stellung des Bevollmächtigten bildet, wie Oppenhoff, Komm. Anm. 13 zu § 266, mit Recht bemerkt, namentlich der Fall, wo der Geschäftsherr selbst das

Rechtsgeschäft abschließt und sich dabei nur der mechanischen Thätigkeit eines andern bedient. Es ist deshalb praktisch sehr wichtig, je im einzelnen Fall zwischen diesen beiden Eventualitäten gründlich zu scheiden.

Daß sodann ein wirklich Bevollmächtigter, nicht ein bloßer negotiorum gestor oder angeblicher bezw. nur präsumptiv Bevollmächtigter vorausgesetzt wird, versteht sich. Nicht liegt aber ein Grund vor, den Begriff des Bevollmächtigten innerhalb des bezeichneten Rahmens noch weiter einzudämmen. Es ist deshalb ganz gleichgiltig, ob der Bevollmächtigte als direkter oder indirekter Stellvertreter erscheint d. h. ob er in fremdem oder im eigenen Namen nach außen kontrahiert. Auch im letzteren Fall kann man sehr wohl im Sinne der Rechtssprache von Vollmacht, wenigstens im weiteren Sinn reden. Noch gleichgiltiger ist es endlich, ob eine General- oder eine Spezialvollmacht vorhanden ist.

Ebenso unerheblich ist es für den Begriff des Bevollmächtigten, ob ihm für sein Verhalten beim Geschäftsabschluß vom Machthaber umfassende Vorschriften erteilt sind oder ob ihm ein weitgehender Spielraum dafür gelassen ist.

Das preußische Obertribunal (E. v. 12. Sept. 1873; Pezold, Strafrechtspraxis Nr. 7 zu § 266) erklärte es für unerheblich, ob die „Vollmacht" unter Beobachtung der zivilrechtlich vorgeschriebenen Formalitäten erteilt wurde, wenn nur festgestellt sei, daß das Vollmachtsverhältnis nach dem übereinstimmenden Willen der Kontrahenten bestehe. Dieser Ansicht läßt sich nicht unbedingt beitreten. Man kann zwar für dieselbe geltend machen, daß die Beobachtung der Formen auf die subjektive Verschuldung, auf welche es im Strafrecht ankommt, keinen Einfluß hat; allein dieser Gesichtspunkt ist nicht entscheidend, denn es ist nicht selten, daß das positive Recht, etwa aus praktischen Gründen, von rechtsphilosophischen Forderungen abweicht. Es ist zu beachten, daß der Ausdruck „Bevollmächtigter" nicht bloß thatsächliche Bedeutung hat, sondern der Rechtssprache und zwar der Terminologie des Zivilrechts angehörig ist. Es kann nun, wenn sich der § 266 als Rechtssatz ohne eine weitere Erklärung dieses Ausdrucks bedient, nicht angenommen werden, daß er sich über dessen rechtliche Bedeutung hinwegsetzt. Es wäre durchweg verwirrend, wenn das positive Recht selbst sich in Widerspruch zu dem übrigen positiven Recht setzen würde. Zum mindesten müßte es dann, was aber hier nicht

geschehen ist, seine Abweichung davon ausdrücklich erklären. Man hat deshalb davon auszugehen, daß man bloß da, wo das Privatrecht das Vollmachtsverhältnis zuläßt, auch i. S. des § 266 Z. 2 St.G.B.'s ein solches feststellt. Nun kann ja nach Zivilrecht in der Regel die Bevollmächtigung ganz formlos erfolgen. In anderen Fällen wird durch dasselbe zwar eine Form erfordert, jedoch ohne daß dieselbe conditio sine qua non für das Bestehen des Vollmachtsverhältnisses wäre. In diesen Fällen ist das Vollmachtsverhältnis auch als Grundlage für die Anwendung des Strafgesetzes (§ 266 Z. 2) vorhanden. Anders verhält es sich aber, wenn die zivilrechtliche Formvorschrift notwendige Voraussetzung für die Rechtsbeständigkeit und Klagbarkeit des Vollmachtsverhältnisses ist. Denn wenn hier die Form nicht gewahrt ist, so kommt nach obigen Ausführungen die Vollmacht und damit auch der Begriff des Bevollmächtigten im Sinn des Rechts überhaupt nicht zur Existenz. Von der Anwendung der Z. 2 des § 266 kann mithin keine Rede sein, da ein Bevollmächtigter hienach gar nicht vorhanden ist.

Vielfach wird ferner der Satz aufgestellt, es sei für den Begriff des Bevollmächtigten i. S. von § 266 Z. 2 gleichgiltig, wenn auch aus materiellrechtlichen Gründen z. B. wegen Minderjährigkeit die betr. Person ihrem Auftraggeber nicht verantwortlich sei, wenn nur die moralisch übernommenen Pflichten vorhanden seien und die Parteien sich binden wollten. Auch das Reichsgericht hat sich in den Entscheidungen 20 S. 264 in diesem Sinn geäußert. Man kann sich zwar auch hier für diese Ansicht darauf berufen, daß je nachdem im einen wie im anderen Fall die Strafwürdigkeit bezw. subjektive Verschuldung des Treulosen durchaus die nämliche ist, allein dieser Gesichtspunkt ist auch hier nicht durchschlagend, weil eben das positive Recht oft genug, insbesondere um eine bestimmte Abgrenzung seiner Tragweite zu erreichen, von den rechtsphilosophischen Postulaten abweicht. Die Frage ist — und zwar aus den nämlichen Gründen — geradeso zu entscheiden, wie die vorige. Es ist also davon auszugehen, daß auch im Sinn des Strafrechts eine Bevollmächtigung dann, aber auch nur dann, als zu Stande gekommen erscheint, wenn das Zivilrecht trotz der materiellen Mängel ihres Begründungsakts sie noch gelten läßt. Soweit dagegen das Zivilrecht sie deshalb für nichtig erklärt und gegen den Bevollmächtigten, den es gar nicht als solchen anerkennt, keine Klagerechte

gewährt, wird das Verhältnis nach obigem auch vom Strafgesetzbuch, das sich bekanntlich auch sonst an das Zivilrecht anschließt, gleichfalls nicht als solches anerkannt.

Die Minderjährigkeit z. B. giebt hienach in der Regel keinen Grund ab, der betr. Person die Eigenschaft eines „Bevollmächtigten" zu benehmen. Denn mit Recht hat das im übrigen in diesem Punkt von unserer Ansicht abweichende Reichsgericht (Entsch. 20 S. 264 f.) angeführt, daß die Minderjährigen, wenn sie nur willensfähig seien (also als impuberes infantia maiores die Kindheit überschritten haben), durchaus nicht „ohne Mitwirkung der Vormünder absolut dispositionsunfähig" sind, daß vielmehr durch die von ihnen bei Verfügungen über Vermögensstücke ihrer Auftraggeber abgegebenen Erklärungen sie diese Auftraggeber in der Art vertreten, daß durch diese Verfügungen je der Auftraggeber und der dritte Vertragschließende gegenseitig berechtigt und verpflichtet werden und daß sie bloß insoweit in ihrer Handlungsfähigkeit beschränkt sind, als sie ohne Mitwirkung ihrer Vormünder ihre eigene rechtliche Lage nicht verschlechtern können.

Man hat endlich im Widerspruch mit der hier vertretenen Anschauung das Strafrecht soweit von dem Einfluß des Privatrechts emanzipieren wollen, daß man es i. S. von Z. 2 des § 266 für unbedingt unerheblich erachtete, ob die Bevollmächtigung gar ein unerlaubtes, selbst ein strafbares Geschäft zum Gegenstand habe. Man hat hier aber nach der richtigen Ansicht genau so, wie vorhin, zu unterscheiden. Wenn mithin ein derartiges Geschäft trotz des verwerflichen Motivs vom Zivilrecht als erzwingbar, klagbar, giltig behandelt wird, so liegt nach obigem auch Bevollmächtigung i. S. des Strafgesetzes und mithin eventuell Untreue nach Z. 2 § 266 vor. Wenn aber das Geschäft wegen seiner unsittlichen Grundlage vom Zivilrecht als „nichtig und gar nicht vorhanden" behandelt wird, so ist auch eine Bevollmächtigung i. S. der Z. 2 § 266 nicht existent. Wenn z. B. Jemand von A Geld erhält, um damit in A's Namen einen Beamten zu bestechen und er das Geld statt dessen für sich verbraucht, so liegt wohl Unterschlagung vor, aber es ist in Anbetracht dessen, daß dies Geschäft zweifellos vom Zivilrecht in keiner Weise anerkannt wird, keine Bevollmächtigung i. S. von Z. 2 des § 266 und mithin auch keine Untreue i. S. dieser Stelle anzunehmen. Es würde auch unserem Gefühl widerstreben und mindestens einem Laien unver-

ständlich erscheinen, wenn in einem derartigen Fall „Untreue" als vorliegend erachtet würde, da dies geradezu so gedeutet werden könnte, als würde der Thäter deshalb gestraft, weil er den Vertrag nicht gehalten, also dem Auftrag, mit den Geldern zu bestechen, nicht nachgekommen sei. Insbesondere würde dies mit der historischen Bedeutung der Norm über Untreue, welche uns übrigens auch heute nicht zum Schutz von derart unsittlichen Verträgen bestimmt zu sein scheint, im Widerspruch stehen.

Einige Personenkategorien, bezüglich deren es früher streitig war, ob sie zu den „Bevollmächtigten" gehören, sind jetzt unter besondere Gesetzesbestimmungen gebracht, und ist damit der Kontroverse ein Ende bereitet worden. Vgl. namentlich den Art. 249 des Aktiengesetzes vom 18. Juli 1884, welcher sich auf die Untreue u. a. von Mitgliedern des Vorstands und des Aufsichtsrats einer Aktiengesellschaft bezieht, und § 140 des neuen Genossenschaftsgesetzes von 1889, welcher sich u. a. auf die Mitglieder des Vorstands einer Genossenschaft bezieht.

Es ist endlich natürlich und ergiebt sich aus der historischen Bedeutung der Z. 2 des § 266, daß Personen, welche in den Z. 1.3 § 266 ausdrücklich genannt sind, nicht auch unter den Bevollmächtigten i. S. von Z. 2 zu begreifen sind.

Es folgt nun die Besprechung einiger spezieller hieher gehöriger Fragen:

1. Kann ein Advokat, Anwalt oder anderer Rechtsbeistand als Bevollmächtigter i. S. der Z. 2 § 266 angesehen werden? Es hängt dies davon ab, ob man davon ausgeht, der § 356 St.G.B.'s, welcher die sog. Prävarikation der genannten Person betrifft, habe das Gebiet der strafbaren Untreue derselben im Verhältnis zu ihren Auftraggebern ausschließlich und erschöpfend behandeln wollen, oder ob man der Ansicht ist, daß derselbe nur gewisse Arten der Pflichtverletzung dieser Personen hervorheben und unter eine besondere Strafe stellen, jedoch andere Fälle von Pflichtverletzung derselben dem allgemeinen Strafgesetz über Untreue (§ 266 Z. 2) zur Behandlung überlassen wollte. Die letztere Ansicht ist zweifellos die richtige. Die ratio legis spricht unbedingt für dieselbe, da es absolut unverständlich wäre, wenn die Rechtsbeistände, gegen welche der § 356 gerade besonders streng vorgehen wollte, andrerseits wieder ohne allen Grund von demselben Gesetzgeber gegenüber den übrigen Bevollmächtigten privilegiert worden wären, indem

die anderen Fälle von Untreue derselben außer den in § 356 gedachten als solche straflos sein würden. Weiter geht aus der allgemeinen Bedeutung des Worts „Bevollmächtigter" hervor, daß gegebenen Falls auch die Rechtsbeistände, soweit nicht die Voraussetzungen des als lex specialis vorgehenden § 356 zutreffen, unter die Bestimmung des § 266 Z. 2 zu subsumieren sind. Das Reichsgericht ist gleichfalls unbedenklich dieser Ansicht, wie aus Entscheidungen Bd. 20 Nr. 154, einem Falle, wo eben ein Rechtsbeistand als Subjekt der Untreue nach Z. 2 § 266 erscheint, hervorgeht.

2. Mit Unrecht hat das Reichsgericht in Entscheidungen Bd. 15 S. 41 ff. auch Beamte im allgemeinen als taugliche Subjekte des Vergehens gegen § 266 Z. 2 St.G.B.'s angesehen.

Zweifel an der Richtigkeit dieser Auffassung ergeben sich schon aus folgenden mit der Vorgeschichte der Gesetzesstelle zusammenhängenden Erwägungen, wenn dieselben auch für sich allein noch nicht ausschlaggebend sind. Es ist leicht möglich, daß die Subjekte des Vergehens i. S. von § 266 Z. 2 einen bewußten Gegensatz bilden sollten gegen die mit öffentlichem Charakter ausgestatteten Personen der Ziffern 1 und 3. Der Gedanke ist naheliegend, daß ein Zusammenhang besteht zwischen jenem Streit, der (vgl. § 2) während der Vorarbeiten zum preußischen Strafgesetzbuch über die Ausdehnung des Vergehens der Untreue gerade auf Privatpersonen geherrscht hat, einerseits und der Redaktion der Z. 2 des § 266 St.G.B.'s andererseits, und daß daher letztere Stelle nach der Intention des Gesetzgebers spezifisch auf Privatbevollmächtigte gemünzt ist.

Weitere Bedenken gegen die reichsgerichtliche Auffassung ergeben sich aus folgenden staatsrechtlichen Gründen: Ein Beamter als solcher kann nicht als ein „Bevollmächtigter" des Staats angesehen werden. Wenn freilich derartige Ansichten über die Natur der Beamtenstellung, wie sie in früheren Zeiten geherrscht haben, richtig wären, so würde der Beamte unter diese Kategorie fallen. Denn damals erblickte man als die Grundlage des Beamtenverhältnisses einen privatrechtlichen Vertrag und insbesondere machte sich damals die Auffassung geltend, daß derselbe in einer locatio conductio operarum oder auch in einem Mandat bestehe. Mit Beginn unseres Jahrhunderts, nämlich seit der epochemachenden Schrift Gönners über den Staatsdienst (1808) kam es jedoch

zu einer erfolgreichen Bekämpfung und Niederwerfung dieser von zivilistischen Gesichtspunkten ausgehenden Theorien. Es müssen denn auch derartige Anschauungen insbesondere um deswillen als vollständig verfehlt zurückgewiesen werden, da der Staat und der einzelne, der in den Staatsdienst sich begiebt, offensichtlich einander nicht als gleichberechtigt gegenüber stehen, sondern der letztere als dem ersteren so sehr subordiniert erscheint, wie es in bestehenden privaten Kontraktsverhältnissen undenkbar ist. So würde sich z. B. aus dem zu Grunde gelegten zivilrechtlichen Vertrag ergeben, daß eine Versetzung des Beamten gegen seinen Willen — als eine einseitig vorgenommene Vertragsabänderung — ohne besondere Gründe unstatthaft wäre. Man könnte hier zwar vorbringen, daß der Betreffende, welcher in Staatsdienst trete, das Beamtengesetz, welches eine derartige Versetzung im einseitigen Staatsinteresse für zulässig erkläre, kennen werde, der Staat und der einzelne dasselbe also stillschweigend zur lex contractus machen werden. Allein ganz abgesehen von anderen Bedenken ist dem gegenüber darauf hinzuweisen, daß die Bestimmungen über die bezeichnete Versetzbarkeit des Beamten natürlich auch dann zur Anwendung kommen würden, wenn derselbe bei der Anstellung ausdrücklich dagegen Protest erhoben hätte, ein Umstand, aus welchem die Richtigkeit der zivilrechtlichen Vertragstheorie sich notwendig ergiebt. Es ist im Gegensatz hiezu am meisten einleuchtend und nimmt am ehesten auf die Bedeutung des Staats gegenüber dem Beamten als solchem Rücksicht der Standpunkt, daß das Beamtenverhältnis überhaupt auf keinem Vertrag, ob derselbe streng privatrechtlich ist oder auch nicht, sondern auf einem einseitigen Staatsakt beruht. Vgl. G. Meyer, deutsches Staatsrecht II. Aufl. § 143 Anm. 18.

Der gegen die hier vertretene Ansicht von gegnerischer Seite erhobene Einwand, daß die Anstellung doch abgelehnt werden könne, während ein Staatsakt, eine staatliche Verfügung erzwingbar sei, ist leicht dadurch zu widerlegen, daß der Staat, in welchem übrigens durchaus nicht alle Aemter ablehnbar sind (vgl. G. Meyer, ib. S. 410), es jedenfalls in seiner Hand hat, seiner Verfügung bloß für den Fall der Annahme des Amts Wirksamkeit beizulegen. Diese Ansicht, nach welcher die Knüpfung eines obligatorischen Bands zwischen Staat und Beamten verneint wird, führt dazu, die Natur des Beamtenverhältnisses als eines Bevollmächtigungsverhältnisses zu verneinen.

Uebrigens auch wenn man mit Laband, deutsches Reichsstaatsrecht 2. Aufl. Bd. I. S. 412—417 einen öffentlichrechtlichen Anstellungsvertrag geschlossen zwischen Staat und Beamten annehmen wollte, so ist doch auch nach Labands Ansicht das Beamtenverhältnis von einer absolut staatsrechtlichen Natur und zwar wird auch nach Laband durch die Anstellung kein bloßes Obligationsverhältnis zwischen Staat und Beamten, sondern ein Gewaltverhältnis des ersteren über den letzteren begründet. Laband ib. S. 420—423. Entscheidend für diese Auffassung ist der Umstand, daß der Staat kein bloßes Klagrecht auf die Dienste des Beamten hat, sondern ihm das Recht demselben zu befehlen und ihn hiezu zu zwingen zukommt. Laband ib. S. 414 A. 2. Wenn der Beamte den Staat nach Außen beim Abschluß von Rechtsgeschäften vertritt, so thut er dies doch im Verhältnis zum Staat nicht als dessen Bevollmächtigter oder Mandatar, sondern aus Gehorsam gegen ihn. Laband ib. S. 387 und 388 o. Beamte sind hienach i. a. nicht Bevollmächtigte i. S. von Z. 2 des § 266.

Der vom Reichsgericht (l. c.) angeführte Umstand, daß in der Konsequenz unserer Ansicht in einzelnen Fällen treulose Beamte — im Gegensatz zu den nach § 266 Z. 2 strafbaren untreuen Nichtbeamten — kriminell straflos sein würden, kann für die Entscheidung der Frage keine maßgebende Bedeutung haben; zudem kommen für die Beamten noch die unter Umständen schwerwiegenden disziplinären Folgen in Betracht, vgl. u. a. die Bestimmung des Artikels 45 des württembergischen Polizeistrafgesetzes vom 27. Dezember 1871.

Es ist selbstverständlich, daß Personen, welche zwar der gemeine Sprachgebrauch gleichfalls als Beamte bezeichnet, die juristisch aber nicht als solche gelten, von dieser Abhandlung nicht betroffen werden.

Ja ausnahmsweise haben die eben dargestellten staatsrechtlichen Betrachtungen auch für einzelne Kategorien der eigentlichen Beamten, insbesondere für die Gerichtsvollzieher, nicht die Folge, ihnen die Eigenschaft von Bevollmächtigten absolut zu benehmen. Obwohl die Gerichtsvollzieher zweifellos als Beamte dem Staat subjiziert sind, so wird doch ihr Verhältnis zu denjenigen, auf deren Antrag und in deren Interesse sie ihr Amt verrichten, von der Reichszivilprozeßordnung als ein Auftragsverhältnis bezeichnet und auch praktisch durchgeführt und sind sie

hienach als Bevollmächtigte der bezeichneten Personen aufzufassen. Man kann sich in dieser Richtung auf die Ausführungen des Reichsgerichts beziehen, wie dieselben in der Pl.E. der vereinigten Zivilsenate (Entscheidungen in Zivilsachen Bd. 16 S. 397 ff.) niedergelegt sind.

Förster-Eccius, preußisches Privatrecht (II. § 141 bei Anm. 31) macht gegen unsere Ansicht einen weiteren Einwand geltend, welcher vom Reichsgericht in jener Plenarentscheidung nicht näher berücksichtigt ist. Es ist bei Förster-Eccius l. c. erklärt, daß aus folgendem Grund der Gerichtsvollzieher nicht Bevollmächtigter bezw. Mandatar einer Partei sein könne. Es könne jemand als Stellvertreter zwar Handlungen vornehmen, welche der Vertretene mangels einer Eigenschaft nicht in der Lage wäre zu vollziehen, doch sei es dann erforderlich, daß der Vertretene, wenn er die Eigenschaft hätte, die Handlung vornehmen könnte. Gerade beim Gerichtsvollzieher verhalte es sich aber so, daß wenn auch der Partei selbst die Eigenschaft eines Gerichtsvollziehers zukäme, dieselbe dennoch in ihrer eigenen Sache als solcher nicht thätig sein könnte (Gerichtsverfassungsgesetz § 156), woraus sich ergebe, daß der Gerichtsvollzieher nicht als Stellvertreter der Partei handle und also auch ein Mandatsverhältnis zwischen beiden nicht bestehe. Nun ist schon von Jastrow im Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 68 S. 383 mit Recht darauf hingewiesen worden, daß der Vordersatz von Eccius, wonach zur Stellvertretung erforderlich sein soll, daß der Vertretene die aufgetragene Handlung wenigstens dann in Person vornehmen könnte, wenn er die Eigenschaft des Vertreters hätte, unhaltbar ist, wodurch denn auch der von Eccius hieraus abgeleitete Schluß hinfällig wird.

Als Gegenbeweis gegen die Richtigkeit des von Eccius aufgestellten Vordersatzes darf man zwar nicht das bei Wach, Handbuch des Zivilprozeßrechts Bd. 1 S. 322 Note 28 angeführte Beispiel des gesetzlichen Vertreters des Handlungsunfähigen verwenden, da dasselbe nicht hieher gehört, wo es sich nur um die auf Vollmachtsauftrag der Partei beruhende und nicht um die hievon ganz verschiedene gesetzliche Vertretung handelt. Dagegen hat Jastrow l. c. zur Widerlegung des von Eccius aufgestellten Vordersatzes mit Recht darauf aufmerksam gemacht, wie auch ein Rechtsanwalt z. B. die Funktion eines Verteidigers im technischen Sinn der Strafprozeßordnung (§§ 137—150) zweifellos nicht zu

seinen eigenen Gunsten ausüben kann, daß er aber gleichwohl einen anderen Rechtsanwalt mit seiner Verteidigung betrauen kann, welch' letzteres Verhältnis unwiderleglich dasjenige der Stellvertretung bezw. des Vollmachtsauftrags ist.

Somit ist die Doppelstellung der Gerichtsvollzieher als entschieden vorhanden anzunehmen und erscheinen dieselben, wenn sie auch Beamte sind, doch zugleich als Bevollmächtigte ihrer Parteien.

Die Gerichtsvollzieher sind übrigens nicht das einzige Beispiel für eine solche Doppelstellung.

Es ist vielmehr, um zunächst mit einem Beispiel dafür aus der Vergangenheit zu beginnen, an die eigentümliche Stellung der Anwaltschaft in Preußen, bevor dieselbe freigegeben wurde, zu erinnern und zwar an die sogenannten Justizkommissarien der allgemeinen preußischen Gerichtsordnung von 1793. Dieselben waren anerkanntermaßen und unzweifelhaft Staatsbeamte und besorgten als solche die Advokatur. Gneist, die freie Advokatur 1867 S. 13. Allg. Gerichtsordnung III. 7 § 3 und Anhang zur G.O. § 462. Zugleich aber waren dieselben als Beauftragte und Bevollmächtigte der Parteien, welche sich ihrer bedienten, bezeichnet und aufgefaßt. Vgl. allg. Gerichtsordnung III. 7 § 2; 6; 17; 23.

Diese Justizkommissarien konnten zugleich die Funktion von Notaren („Notarien") innehaben. Auch in dieser Eigenschaft waren sie als Beamte thätig (Anhang § 462 zur pr. allg. G.O.) und wurden dennoch zugleich als Beauftragte und Bevollmächtigte der Parteien behandelt, deren Geschäfte sie besorgten. Allg. pr. Gerichtsordnung III. t. 7 §§ 47, 79.

Was die heutige Regelung dieser Verhältnisse betrifft, so ist die Rechtsanwaltschaft nunmehr im ganzen deutschen Reich des amtlichen Charakters enthoben und freigegeben, so daß das bezeichnete Doppelverhältnis bei ihr nicht mehr in Frage kommt. Was ferner das heutige Notariat anbelangt, so ist dasselbe der partikularrechtlichen Regelung unterworfen. Es sei hier auf das heutige im Gebiet der früheren allgemeinen Gerichtsordnung geltende preußische Recht hingewiesen: Auch heute noch — auch noch nach dem preußischen Gesetz vom 11. Juli 1845 (Pr. Ges. Sammlung S. 487) sind die Notare des genannten preußischen Gebiets Staatsbeamte, vgl. Schulze, Staatsrecht des Königr. Preußen, in Marquardsens Handbuch, S. 93 und Bornhack, preuß. Staatsrecht, 3. Bd. S. 97, und auch heute noch sind sie zugleich

Bevollmächtigte und Mandatare der sie in Anspruch nehmenden Parteien. Letztere Eigenschaft ergiebt sich daraus, daß das ebenerwähnte Gesetz über das Verfahren bei Aufnahme von Notariatsinstrumenten von 1845, welches in dieser Beziehung nicht mehr abgeändert worden ist, im § 45 die Bestimmungen der allgemeinen Gerichtsordnung über Rechte und Pflichten der Notare (s. o.) welche zweifellos ein Mandatsverhältnis zwischen dem Notar und der Partei annehmen, ausdrücklich beibehalten hat.

Auch Dernburg, preußisches Privatrecht, 3. Aufl., 2. Bd. § 298 bei Anm. 27 läßt die Partei mit dem bez. beamteten Notar einen Vollmachtsvertrag eingehen.

Förster-Eccius, preuß. Privatrecht, welcher in den früheren Auflagen gleichfalls diese Möglichkeit eines Vollmachtsvertrags zwischen preußischen Notaren und den Parteien trotz der überall in Preußen bestehenden Amtsqualität der ersteren zugegeben hatte, ist zwar in der 4. Auflage II. Band § 154 bei Anm. 3 der entgegengesetzten Meinung, wie er dies (s. o.) auch bezüglich des Gerichtsvollziehers ist, er hat aber einen Beweis für seine abweichende Ansicht nicht erbracht, insbesondere nicht durch die Berufung auf den § 48 III. 7 der allg. Gerichtsordnung, da derselbe lediglich darin aufgeht, den Notaren verschiedene Vorschriften, die sie bei der Aufnahme von Urkunden zu befolgen haben, zu erteilen, wie sie auch für die Gerichte gelten, aber über die rechtliche Stellung der Notare gegenüber den Parteien nichts enthält.

Das bei Striethorst, Archiv für Rechtsfälle Bd. 23 S. 35 mitgeteilte Erkenntnis geht offenbar von der Doppelstellung eines preußischen Notars als Beamten und Mandatars aus und spricht für die hier vertretene Ansicht [59]).

59) Im übrigen Deutschland sind die Notare, wenn ihnen auch öffentlicher Glaube zukommt, doch in der Regel nur Bevollmächtigte der Partei im einzelnen Fall und keine Beamte. Es ist daher, weil leicht zu Mißverständnissen führend, zu vermeiden, dieselben mit Oesterley (das deutsche Notariat 2. Tl. § 23) wegen ihrer öffentlichen Charakter tragenden Funktionen auch nur als Staatsdiener (im angeblichen Gegensatz zum Staatsbeamten!) zu bezeichnen. — Was dann das eigentümliche Institut der Gerichts- und Amtsnotare in Württemberg betrifft, so sind dieselben zwar Staatsbeamte, indes, gerade soweit sie die hier allein in Betracht kommenden Geschäfte der gemeinrechtlichen Notare besorgen, sind sie nicht als Beamte wirksam, sondern nur als Mandatare, was dadurch zum Ausdruck gebracht ist, daß sie diese Funktionen nach dem Wortlaut des Art. 9 des Notariatsgesetzes vom 14. Juni 1843 gerade „neben ihren amtlichen Geschäften“ wahrnehmen.

II. Wie im § 4 III. erörtert worden ist, ob Vormünder und dergleichen Personen auch nach der formellen Beendigung ihrer Funktion sich noch einer Untreue i. S. von Z. 1 des § 266 schuldig machen können, so ist hier die Frage zu beleuchten, ob Bevollmächtigte nach dem Aufhören des Vollmachtsvertrags dennoch unter Umständen noch eine Untreue i. S. von Z. 2 § 266 gegen den früheren Auftraggeber begehen können. Die Frage ist ohne Zweifel zu bejahen. Zunächst wäre es — ein Gesichtspunkt, der allerdings nicht entscheidend ist — unpraktisch, wie man es von dem Strafgesetzbuch nicht erwartet, wenn diese Untreue nur innerhalb von noch formell fortbestehenden Vollmachtsverhältnissen angenommen werden könnte. Denn das Strafgesetz würde es unter dieser Voraussetzung auf Momente, die oft dem reinen Zufall überlassen sind (z. B. auf den Zeitpunkt der eingetroffenen Kunde vom Widerruf des Mandats) abgestellt und damit zweifelsohne seinen eigentlichen Zweck verfehlt haben. Besonders kommt aber in Betracht, daß das Strafgesetz bei der hier vertretenen Auslegung in keinen Widerspruch zum Zivilrecht tritt. Denn es hört auch zivilrechtlich mit dem formellen Ende des Vollmachtsvertrags die materielle Wirkung desselben nicht unbedingt auf und es ist durchaus nicht immer von da ab jede Verantwortlichkeit des Bevollmächtigten gegenüber dem vorherigen Geschäftsherrn beseitigt. Die Beendigung des Vertrags hindert zwar die Entstehung weiterer Vertragspflichten, berührt aber die bereits aus ihm erwachsenen Verbindlichkeiten nicht.

Wenn mithin der Bevollmächtigte Vermögensstücke seines Auftraggebers, die er auf Grund des Mandats erhalten hatte, noch nach dessen Beendigung bei sich hat und dieselben sich widerrechtlich zueignet, so ist er, gleichwie seine zivilrechtlich aus dem Vertrag sich ergebende Verantwortlichkeit hiewegen fortdauert, auch strafrechtlich gemäß § 266 Z. 2 noch deshalb haftbar.

III. Erforderlich für den Thatbestand der Z. 2 § 266 ist eine Verfügung des Bevollmächtigten über eine Forderung oder ein anderes Vermögensstück des Auftraggebers. Im folgenden ist auf den Begriff der bezeichneten Objekte näher einzutreten.

1. Wie der Wortlaut („Forderungen oder andere Vermögensstücke") außer Zweifel stellt, kommen nur Bestandteile des Aktivvermögens in Betracht.

Es steht fest, daß der Ausdruck „Vermögensstück, Vermögen"

nicht bloß eine wirtschaftliche, nationalökonomische Bedeutung hat, sondern auch einen rechtlichen Begriff bezeichnet. Vgl. namentlich die Monographie K. Birkmeyers: über das Vermögen im juristischen Sinne 1879. Dernburg, Pandekten 3. Aufl. 1 Bd. § 22 definiert das juristische Vermögen als die Gesamtheit der geldwerten Rechte einer Person. Auch nach Imm. Bekker, System des heutigen Pandektenrechts 1. Bd. § 41 mit Beilage 1, besteht dasselbe ausschließlich aus wirklichen geldwerten Rechten.

Es wäre nun in der That unverständlich und inkonsequent, wenn das Strafgesetzbuch, ein Rechtsbuch, ohne dies ausdrücklich zu erklären, diesen Ausdruck in einem anderen als dem juristischen Sinn verstände, und ist daher letzteres anzunehmen.

Was hiernach zunächst körperliche und unkörperliche Sachen betrifft, so sind dieselben hienach, wenn man es genau nimmt nicht selbst Vermögensstücke, sondern Objekte von Rechten, die ins Vermögen gehören, da eben das „Vermögen" begrifflich sich aus lauter Rechten zusammensetzt. Sämtliche Vermögensrechte (vgl. z. B. auch die Autor- und Patentrechte) bilden die „Vermögensstücke".

Wenn im Folgenden trotzdem, anstatt stets das Recht an der einzelnen Sache als Vermögensstück anzugeben, je die Sache selbst als solches eingeführt wird, so geschieht dies, im Bewußtsein der Ungenauigkeit, bloß der Abkürzung halber:

Die Beweismittel sind insofern zu den Vermögensstücken zu rechnen, als durch dieselben die betreffenden Vermögensrechte, zu deren Beweis sie dienen, gesicherter erscheinen und hiedurch das Gesamtaktivvermögen in seinem Wert erhöht wird. — Zweifellos ist dagegen, daß gewöhnliche Schuldverschreibungen, welche sich beim Schuldner befinden, nicht zu dessen Vermögensstücken gehören. Man kann auch dem bloßen Papierstoff dieser Urkunden, wenn er im Eigentum des Ausstellers ist, selten eine Bedeutung für das Aktivvermögen desselben zuschreiben, sofern derselbe — wenigstens in der Regel — keinen in Geld ausdrückbaren Wert haben wird.

Sehr bestritten ist dagegen die Frage, ob ein Wechselaccept, solange der Wechsel noch beim Acceptanten oder dessen Bevollmächtigten sich befindet und noch nicht in Umlauf gesetzt ist, als ein Vermögensstück des Acceptanten erscheint. Schon das preußische Obertribunal hat dies bejaht. (Goltdammer, Archiv von 1878 S. 446). Auch das Reichsgericht hat sich in konstanter Praxis für die Bejahung ausgesprochen. Vgl. Entscheidungen

Bd. 10 S. 385; Bd. 13 S. 376; Bd. 23 S. 315. Und zwar findet das Reichsgericht diesen Vermögenswert — in Ermangelung positiver Bedeutung desselben — in der Negative, daß solange das Accept im Eigentum und Besitz des Acceptanten sei, derselbe vor einem Mißbrauch, welcher mit dem Accept getrieben werden könnte, geschützt sei. Denn wenn derselbe, so argumentiert man, nicht Eigentum und Besitz am Accept hätte, so könnte ein Dritter nach den Grundsätzen über bonaefideipossessio daraus Rechte zu seinem (des Acceptanten) Nachteile ableiten. Der Vermögenswert dieser Fortdauer von Besitz und Eigentum am Wechselaccept, wird behauptet, lasse sich, namentlich wenn schon die Wechselsumme hinzugefügt worden sei, sehr leicht in Geld schätzen. M. E. ist jedoch diese Konstruktion viel zu künstlich und wird man daher praktisch genommen in dem beim Acceptanten befindlichen Wechselaccept in der Regel ein Vermögensobjekt des letzteren nicht erblicken; man wird nicht annehmen, daß der Acceptant, worauf es praktisch ankommen würde, durch das Eigentumsrecht und den Besitz am Accept (etwa abgesehen von dem jedenfalls geringen stofflichen Wert des Formulars) reicher sei, und man wird auch nicht, wenn jemandem der Offenbarungseid nach § 711 der Zivilprozeßordnung abgenommen werden soll, in welchem Fall doch das Aktivvermögen einschließlich der Belege dafür aufzuzählen ist, von ihm verlangen, das bei ihm befindliche und noch nicht in Umlauf gesetzte eigene Wechselaccept anzugeben.

Allerdings entsteht hier, wenn man hienach im Fall der widerrechtlichen Disposition des Vollmachthabers über derartige Wechselaccepte Untreue nach Z. 2 § 266 nicht annimmt, eine leidige Gesetzeslücke. Denn z. B. auch der Gesichtspunkt der Unterschlagung trifft in diesen Fällen nur selten zu, indem z. B. der Verkauf eines solchen Accepts, welchen der Bevollmächtigte zwar äußerlich dem Auftrag gemäß ausführt, jedoch in der Absicht den Erlös für sich selbst zu verwenden statt ihn abzuliefern, von dem letzteren oft im eigenen Namen abgeschlossen wird, so daß er nach den Grundsätzen des Zivilrechts den Erlös sogleich vom Käufer ins Eigentum tradiert erhält und eine rechtswidrige Zueignung des letzteren nicht vornehmen kann. Es wäre de lege ferenda zu wünschen, wenn diese Lücke ausgefüllt würde.

In folgendem Fall gilt ausnahmsweise das Wechselaccept dennoch als Vermögensstück des Acceptanten, wenn der

Acceptant zugleich den Wechsel auf sich hat indossieren lassen. Denn unter dieser Voraussetzung hat das Accept für ihn deshalb Vermögenswert, weil das Indossament, aus welchem er Rechte ableitet, seine Bedeutung insbesondere auf das Accept stützt. Das nämliche, was über den gezogenen Wechsel ausgeführt ist, gilt in entsprechender Weise auch vom eigenen Wechsel, überhaupt analog für die übrigen indossablen oder Ordrepapiere und ebenso für die Inhaberpapiere. Zu beachten ist ferner: wenn man sich in der berühmten Streitfrage, ob die Inhaber- und Ordrepapiere durch die einseitige Kreation des Ausstellers oder erst durch eine vertragsmäßige Begebung von Seiten desselben begründet werden, auf den letztgenannten Standpunkt stellen würde (was allerdings nicht im Sinne unserer Praxis läge), so wäre dadurch selbst jene negative Bedeutung, welche der Eigentumsbesitz des Papiers für den Aussteller hat und welcher man aktiven Vermögenswert (vgl. oben) beimessen wollte, der Hauptsache nach beseitigt.

Nicht zweifelhaft kann sein, daß ein Los als Vermögensstück erscheint. Denn es kommt ihm bekanntlich im praktischen Leben wegen der sich an dasselbe anknüpfenden, wenn auch noch so unsichern Aussicht auf einen Gewinn stets irgend ein Vermögens- bezw. Kurswert zu.

2. Bei der Allgemeinheit des gesetzlichen Wortlauts ist es selbstverständlich nicht erforderlich, daß die Vermögensstücke im Besitz des Beschädigten sind. Ebensowenig ist es — im Gegensatz zur Unterschlagung — notwendig, daß dieselben im Besitz des Thäters sind, indem vielmehr gerade auch in letzterer Hinsicht das Delikt der Unterschlagung durch das neu geschaffene Vergehen der Untreue i. S. von Z. 2 § 266 ergänzt werden sollte (vgl. oben § 2, 6 c). Es ist deshalb mit Recht u. a. darin Untreue gefunden worden, wenn etwa der Administrator eines Hauses den Mieter anweist, den fälligen Zins an seine, des Administrators, Gläubiger zu zahlen [60]).

3. Es handelt sich um Vermögensstücke des „Auftraggebers“. Im Einklang mit der Rechtssprechung des Reichsgerichts (vgl. R.Spr. Bd. 5 S. 168 und Bd. 5 S. 542) ist schon oben (s. Nr. 1) ausgeführt und begründet worden, daß die Frage der Zugehörigkeit zu des Auftraggebers Vermögen rein nach den

60) Vgl. Krug, Kommentar zum sächsischen Strafgesetzbuch von 1855 1. Aufl. 3. Abtlg. S. 48 oben.

Grundsätzen des sonstigen Rechts, d. h. selbstverständlich des am Ort der That geltenden Civilrechts, und unabhängig von anderswohin abzielenden wirtschaftlichen Gesichtspunkten zu lösen ist[61]).

Neuerdings hat Kronecker in einem Aufsatz in Goltdammers Archiv 1886 S. 402 die entgegengesetzte Ansicht zu verteidigen gesucht. Die Fälle, welche dieser Schriftsteller seiner Abhandlung zu Grunde legt, sind die folgenden, über welche zuvor das Reichsgericht erkannt hatte:

A) Ein Kommissionär verkauft im Auftrag und für Rechnung des Kommittenten in eigenem Namen Gegenstände, nimmt den Erlös aus denselben vom Käufer in Empfang, liefert aber denselben nicht vertragsgemäs an den Machthaber ab, sondern verbraucht ihn für sich.

B) Eine Person hatte auf Grund von Scheinzessionen, während sie in Wirklichkeit nur Prozeßbevollmächtigter des Zedenten sein sollte, in dessen Auftrag zwei Forderungen des Zedenten eingezogen, aber diesem gegenüber, als er die Herausgabe der eingezogenen Beträge von ihr verlangte, den Empfang der Gelder unter der Vorspiegelung, daß das alte Verfahren noch fortdauere, abgeleugnet.

Was die Entscheidung dieser Fälle (A und B) betrifft, so nimmt Kronecker in beiden eine Untreue begangen an dem Geld an, welches der Kommissionär vom Dritten einzog, aber an den Geschäftsherrn nicht kontraktgemäs ablieferte, sondern für sich behielt. Diese Ansicht ist aber unzutreffend. Denn da der Kommissionär den Erlös vom Dritten im eigenen Namen erwerben und der Dritte ihm denselben ins Eigentum tradieren will, so wird der Kommissionär nach bekannten zivilrechtlichen Grundsätzen sofort Eigentümer dieses Erlöses, derselbe gelangt sofort vom Dritten in das Eigentumsrecht und damit in das Vermögen des Kommissionärs, so daß der letztere an ihm als an der eigenen Sache nicht bloß keine Unterschlagung, sondern auch keine Untreue begehen kann. Trotzdem gelangt Kronecker zu der entgegengesetzten Ansicht, indem er davon ausgeht: „wenn der Erlös auch vor der Ablieferung an den Kommittenten diesem zivilistisch noch nicht gehöre, so sei er doch schon mit der Einnahme durch den Kommissionär,

---

61) Es genügt natürlich, wenn die Gegenstände (mit) im Miteigentum des Vollmachtgebers und des Bevollmächtigten stehen; denn auch dann gehören sie, wenn auch nur partiell, zum Vermögen des Auftraggebers.

der für ersteren thätig sein sollte, als wirtschaftlich dem Kommittenten angehörig zu betrachten". So begründet nun auch diese wirtschaftliche Zugehörigkeit ist, so ist es doch, wie oben erwähnt wurde (vgl. Nr. 1), ein Unding, bei der Gesetzesanwendung — ohne die ausdrückliche Erklärung des Gesetzes für sich zu haben — Gesichtspunkte, welche dem sonstigen positiven Recht direkt widerstreiten, zur Geltung zu bringen und muß daher die Kronecker'sche Ansicht als verfehlt zurückgewiesen werden.

Es steht hienach fest, daß der Mangel, welchen man (vgl. § 2, 6 c) in der früheren preußischen Praxis darüber empfunden hatte, daß in solchen Fällen wie dem unter A und B der Gesichtspunkt der Unterschlagung nicht zutreffe, auch durch die Einführung der strafbaren Untreue von Bevollmächtigten i. S. von Z. 2 des § 266 nicht gehoben ist. Bloß in dem Einen Fall, wenn der Bevollmächtigte schon zur Zeit des Verkaufs der Gegenstände bezw. des Einzugs der Forderungen seines Auftraggebers festgestellter Maßen den hienach ausgeführten Vorsatz gehabt hat, den Erlös bezw. den Betrag der eingezogenen Forderungen für sich zu verbrauchen, kann man sagen, daß er „über diese Gegenstände bezw. diese Forderungen selbst absichtlich zum Nachteil des Auftraggebers verfügt hat" und insofern der Untreue nach § 266 Z. 2 schuldig ist. Nur für den Fall, daß die letztere schwer zu beweisende Voraussetzung zutrifft, ist die bezeichnete Gesetzeslücke seit der Aufstellung des neuen Deliktstypus der Z. 2 § 266 beseitigt worden.

4. Was speziell noch die „Forderungen" als Objekte der nach Z. 2 § 266 strafbaren Untreue anbelangt, so sind darunter zweifellos nur Forderungen des Auftraggebers an Dritte, nicht aber solche des Auftraggebers gegen den Bevollmächtigten selbst zu verstehen. Dies ergiebt sich daraus, daß eine Forderung dann, wenn Gläubiger und Schuldner in einer Person zusammentreffen, durch Konfusion untergeht, und somit der Schuldner bei bestehender Obligation auch nicht als Bevollmächtigter d. h. als vollständiger Vertreter des Gläubigers in Bezug auf die Forderung figurieren kann. Wenn also, wie es in dem bei Oppenhoff, Rechtsprechung Bd. 20 S. 331 mitgeteilten Beispiel zutrifft, der Generalbevollmächtigte, welcher selbst dem Geschäftsherrn etwas schuldig ist, zur Ausgleichung dieser Schuld einen fingierten Ausgabeposten für ihn geltend macht, so verfügt er hienach nicht als Bevollmächtigter über die gegen ihn selbst bestehende Forderung, sondern

er handelt lediglich in seiner Eigenschaft als Schuldner und macht sich somit einer Untreue nicht schuldig, sofern die letztere laut des klaren Inhalts des Gesetzes bloß durch Handlungen begangen werden kann, welche der Bevollmächtigte als solcher vornimmt, und nicht durch solche, welche außerhalb der Sphäre des Vollmachtsverhältnisses gelegen sind.

IV. Weiter ist der Begriff der „Verfügung über ein Vermögensstück" zu beleuchten. Das Reichsgericht definiert dieselbe im Einklang mit dem Wortsinn und der Tendenz der Z. 2 § 266 als eine Handlung, welche eine Veränderung in dem Verhältnis des Auftraggebers zu dem betreffenden Vermögensstück herbeiführt.

Eine Anzahl Schriftsteller (Hälschner, 2, 394, Merkel, H.H. 3, 783, Schütze, S. 478 Nr. 9 ꝛc.) behaupten, daß das Wort „verfügen" im Gegensatz zu den Ausdrücken „handeln" in Z. 1 und „benachteiligen" in Z. 3 § 266 sich begrifflich bloß auf eine positive Handlung, nicht aber auf eine Unterlassung beziehen lasse. Diese Ansicht ist jedoch nicht stichhaltig. Der Umstand, daß es sich um ein Kommissivdelikt handelt, ist nach allgemeinen Grundsätzen für diese angeblich engere Bedeutung nicht verwertbar, da vielmehr auch ein solches durch Unterlassung begangen werden kann. Es verstößt sodann die erweiternde Auslegung keineswegs gegen den gemeinen Sprachgebrauch. Vielmehr verfügt jemand nach dem Sprachgebrauch und obiger Definition auch dann über ein Vermögensstück, wenn er durch eine Unterlassung einen bestimmten Erfolg in Bezug auf dessen Rechtsbeziehung zum Auftraggeber herbeiführen will und hienach herbeiführt. So liegt z. B. auch darin, daß jemand in der Absicht die Verjährung herbeizuführen einen Anspruch des Geschäftsherrn, den er geltend machen sollte, nicht einklagt und dadurch die bezweckte Verjährung bewirkt, zweifellos eine Verfügung über den Anspruch i. S. der Z. 2 § 266. Die ratio legis trifft im einen wie im anderen Fall in gleicher Weise zu[62]).

Selbstverständlich ist dagegen, daß, wenn die Verfügung positiv geschehen und dadurch die Untreue begangen ist, in der Unterlassung

62) Für die hier vertretene Bedeutung der „Verfügung" sind denn auch: das preuß. Obertribunal bei Goltdammer Bd. 25, S. 552 und Reichsgericht E. Bd. 11 S. 412.

der Abwendung ihrer Folgen, z. B. in der Unterlassung der Ersatzleistung, weder ein Fortdauern des Delikts noch eine neue Untreue gelegen ist.

Was im einzelnen als Verfügung erscheint, ergiebt sich genau aus der obenstehenden Definition. So hat z. B. das Reichsgericht (Entscheidungen Bd. 11 S. 412) mit Recht in jenem Fall, da ein Gerichtsvollzieher Geldbeträge, die er bei der Vollstreckung für die ihn beauftragenden Gläubiger eingenommen hatte, absichtlich erst nach Verfluß geraumer Zeit an dieselben ablieferte, das Vorhandensein einer Verfügung i. S. des Gesetzes verneint. Mit Recht hat das Reichsgericht in der absichtlichen Saumseligkeit des Gerichtsvollziehers um dessenwillen keine Verfügung i. S. des Gesetzes erblickt, weil durch die Verzögerung der Ablieferung die Rechtsbeziehung der Gläubiger zu den Geldbeträgen, insbesondere ihr Eigentumsrecht daran, nicht alteriert worden ist. Insbesondere kann darin, daß der Bevollmächtigte das Vermögen seines Auftraggebers mit Schuldverbindlichkeiten belastet, eine „Verfügung über Vermögensstücke“ nicht gefunden werden, da durch diese Handlung die Berechtigung des Auftraggebers an seinem gegenwärtigen Vermögen nicht abgeändert wird. Es ist zwar Regel, daß in der Folge zum Zweck der Tilgung der Schuld Vermögensobjekte aus dem Eigentumsrecht des Geschäftsherrn losgelöst werden, allein die Aufhebung dieser Rechtsbeziehung wird nicht durch die Schuldbelastung selbst, sondern durch die späteren Akte freiwilliger Erfüllung bezw. der Zwangsvollstreckung bewerkstelligt. Diese Auffassung liegt denn auch der Entscheidung des preuß. Obertribunals bei Oppenhoff, Rechtssprechung Bd. 19 S. 534 zu Grunde [63]).

V. Die Verfügung geschieht „zum Nachteil des Auftraggebers“. Aus der sub IV. gegebenen Erläuterung des Worts „verfügen“ ergiebt sich, daß der Eintritt des Nachteils hier zur Vollendung des Delikts gehört.

---

63) Der Fall, auf welchen sich jenes Erkenntnis bezieht, wäre übrigens, wenn er heutzutage vorkäme, anders zu entscheiden. Denn der Vorstand einer Aktiengesellschaft, um welchen es sich l. c. handelt, untersteht jetzt der besonderen Norm des Art. 249 des Handelsgesetzbuchs in der Fassung vom 18. Juli 1884 und ist nach dessen Wortlaut, welcher in tendenziöser Weise über die Tragweite der Z. 2 § 266 hinausgeht, für jede „absichtlich zum Nachteil der Gesellschaft erfolgende Handlung“, also auch für eine Schuldbelastung in o. S. strafrechtlich verantwortlich, vgl. oben § 4 I. 7.

VI. Endlich ist Voraussetzung, daß die Verfügung absichtlich zum Nachteil des Auftraggebers erfolgt. Betreffs der Erklärung von „absichtlich" sei hier auf die auch hieher gehörigen Ausführungen in § 4 X. verwiesen.

§ 7.

Die qualifizierte Untreue.
(§ 266 Abs. 2 St.G.B.'s.)

Für die drei abgehandelten Arten der Untreue (Z. 1—3 § 266 St.G.B.'s) ist je als fakultativer straferhöhender Umstand der Fall hervorgehoben, daß die Handlung vom Thäter begangen wird, „um sich oder einem Anderen einen Vermögensvorteil zu verschaffen" [64]).

I. Aus der gebrauchten Redewendung „um zu" ergiebt sich unzweideutig, daß dadurch (im Gegensatz zu „absichtlich" im § 4 X.) der Endzweck, das Motiv, das Thäter bei seiner Handlung verfolgte, bezeichnet werden sollte. Die Wendung „um zu" bringt ja nach dem Sprachgebrauch die direkte Beziehung des Willens auf den Erfolg in einer jeden Zweifel unmöglich machenden Weise zum Ausdruck.

II. Es handelt sich sodann um den Begriff „Vermögensvorteil". Dieser Ausdruck kommt nicht bloß hier in Frage, sondern die Absicht „einen Vermögensvorteil zu erlangen" ist subjektives Thatbestandsmerkmal bei einer ganzen Reihe von Delikten unseres Rechts. Das Reichsgericht (E. Bd. 3 S. 380) faßt denselben als eine günstigere Gestaltung der Vermögenslage überhaupt auf. Der sprachliche Wortsinn stellt es außer Zweifel, daß hier ein engerer Begriff vorliegt, als der an anderen Stellen des Strafgesetzbuchs gewählte einfache Ausdruck „Vorteil". Es kommt hienach nicht aller und jeder Vorteil in Betracht, sondern derselbe muß von einer spezifisch vermögensrechtlichen Bedeutung sein. Es ist hienach wesentlich quaestio facti, ob im einzelnen Fall ein Vermögens-

---

64) Dagegen ist es für den Thatbestand der mehrerwähnten speziellen Vergehen gegen Art. 249 H.G.B.'s und § 140 des Genossenschaftsgesetzes (von 1889) unerheblich, ob der Thäter sich oder einem anderen einen Vermögensvorteil verschaffen wollte oder nicht (vgl. Mot. zum Reichsgesetz betr. die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften vom 18. Juli 1884 S. 343).

vorteil vorhanden ist. Es läßt sich nicht bezweifeln, daß die vom Gesetz vorausgesetzte Absicht „sich ꝛc. einen Vermögensvorteil zu verschaffen", auch in dem Bestreben, sich ꝛc. einen schon gegebenen, aber in seinem Fortbestand ungewissen Vermögensvorteil zu sichern, gelegen ist, sofern eben die Sicherung den Wert des Gesamtvermögens steigern wird.

Inkonsequent verfährt von Schwarze im Kommentar (5. Auflage); er giebt (Erläuterung 2 zu § 268) zwar gleichfalls zu, daß auch die Absicht der Sicherstellung eines Vermögensvorteils hieher gehöre, allein andererseits scheidet er aus der vom Gesetz erforderten Absicht diejenige, einen Schaden und damit auch einen Vermögensschaden abzuwenden, aus (vgl. Erläuterung 2 zu § 268 und Erläuterung 12 zu § 266). Diesem Verfahren ist nun entgegenzuhalten, daß die zuletztgenannte Absicht inhaltlich gar nichts anderes ist als eben die Bezweckung der Sicherung eines bestehenden Vermögensvorteils und deshalb gleichfalls unter die vom Gesetz vorausgesetzte Absicht zu rechnen ist. Das Gerichtsurteil bei Oppenhoff, Rechtsprechung Bd. 12 S. 177, welches Schwarze (in der Note 3 zu Erläuterung 12 § 266) für seine dahin gehende Meinung, daß die Absicht einen drohenden Vermögensschaden abzuwenden nicht hiehergehöre, angeführt hat, ist in Wahrheit nicht in diesem Sinne verwertbar. Denn wenn auch in der Oppenhoff'schen Sammlung oben an der Spitze jener Entscheidung (wohl in Folge eines Versehens) diese Ansicht Schwarzes wiedergegeben ist, so spricht sich doch dies Urteil in seinen Gründen bestimmt gerade für das Gegenteil aus. Vgl. auch Goltdammers Archiv 19 S. 322.

III. Trotzdem, daß das Gesetz bloß von „Vermögensvorteil", nicht von „rechtswidrigem Vermögensvorteil" spricht, herrscht ein lebhafter Streit darüber, ob der erstrebte Vermögensvorteil i. S. des Gesetzes nicht doch ein rechtswidriger sein müsse. Die Streitfrage ist durch diese übliche Hervorkehrung der Gegensätze noch nicht genau genug charakterisiert. Denn an sich ist ein jeder Vermögensvorteil, welcher durch untreues Verhalten zu erlangen gesucht wird, schon um der Wahl des Mittels willen ein rechtswidriger. Die Streitfrage dreht sich also darum, ob die Bezweckung eines derartigen Vermögensvorteils vorausgesetzt ist, welcher, ganz abgesehen von dem zu seiner Erlangung angewandten Mittel, contra jus ist oder wenigstens vom Thäter nicht beansprucht

werden konnte. In diesem Sinn ist die „Rechtswidrigkeit" im folgenden zu verstehen.

Es ist nun durchweg die Ansicht begründet, daß der „Vermögensvorteil" nicht rechtswidrig zu sein braucht. Vor allem kommt zu Gunsten dieser Ansicht in Betracht, daß in den §§ 253 (Erpressung) und 263 (Betrug) im Gegensatz zum § 266 gerade in ausdrücklichen Worten die Absicht, sich oder einem Dritten einen „rechtswidrigen" Vermögensvorteil zu verschaffen, erfordert wird. Da man keinen Grund zu der Annahme hat, daß bloße redaktionelle Nachlässigkeit die bezeichnete Verschiedenheit der Ausdrucksweise in den §§ 253. 263 einerseits und 266 (sowie 268, 272, 273, 349) andererseits bewirkt hat, so ist hieraus logisch zu folgern, daß in den letzteren Gesetzesstellen, namentlich also im § 266, der bezweckte Vermögensvorteil kein rechtswidriger zu sein braucht. Dennoch verlangen im Gegensatz zu dieser von uns und überhaupt von den Meisten vertretenen Ansicht verschiedene Schriftsteller, nämlich Schütze S. 478, Merkel in Holtzendorffs Rechtslexikon Artikel „Untreue", sowie Simonson, den Begriff des Vorteils S. 66, daß der Vermögensvorteil des § 266 Abs. 2 ein rechtswidriger sei. Gründe für diese Behauptung hat von den drei Schriftstellern bloß Simonson geltend gemacht. Indessen ist auch dessen Begründung keine stichhaltige.

Wenn er aus einer angeblich dem Gesetzgeber vorschwebenden allgemeinen Analogie zwischen Betrug und Unterschlagung i. S. von § 246, 2. Fall einerseits und der erschwerten Untreue andrerseits den Schluß zieht, als ob auch der erstrebte Vermögensvorteil des § 266 Absatz 2 gleichwie derjenige beim Betrug und der Unterschlagung rechtswidrig sein müsse, so ist dem entgegenzuhalten, daß es viel zu gewagt ist, aus dieser angeblichen Analogie, welche zudem, was das Verhältnis des Betrugs zur erschwerten Untreue betrifft (vgl. oben § 1 Nr. 6) ganz unerheblich ist, dies abzuleiten; selbst wenn im übrigen volle Analogie zwischen Betrug und qualifizierter Unterschlagung einerseits und erschwerter Untreue andrerseits bestände, so müßte deshalb doch nicht notwendig auch in dem hier in Betracht kommenden Punkte beiderseitig Uebereinstimmung herrschen.

Auch die Vorgeschichte des § 266 beweist nichts gegen unsere Ansicht. Die Stelle des preuß. Strafgesetzbuchs (§ 246 Abs. 2), aus welcher der 2. Absatz des § 266 stammt, forderte die Absicht „sich oder Anderen Gewinn zu verschaffen". Es konnte nun auch

in das Wort „Gewinn", selbst wenn dies dem Gedanken des Gesetzgebers entsprochen hätte, der Begriff der Rechtswidrigkeit, welcher eben in keiner Weise zum Ausdruck gebracht war, nicht hineingelegt werden.

Simonson (S. 33 l. c.) beruft sich auf die Vorgeschichte des Betrugsvergehens, nämlich darauf, daß die Motive zum deutschen Strafgesetzbuch § 263 (§ 258 des Entwurfs) erklären, diese Gesetzesstelle gebe die Begriffsbestimmung des Betrugs in Uebereinstimmung mit dem § 241 des preußischen Strafgesetzbuchs. Daraus schließt nun Simonson, daß der Gesetzgeber den Ausdruck im § 263 „in der Absicht sich 2c. einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen" und den Ausdruck in dem entsprechenden § 241 des preuß. Strafgesetzbuchs „in gewinnsüchtiger Absicht" als ganz gleichbedeutend angesehen wissen wollte, und zieht derselbe daraus, wie man wenigstens aus seiner Erklärung, l. c. S. 66 unten, wohl ableiten darf, auch für die Untreue Konsequenzen. Dem ist aber entgegenzuhalten, daß die Grundlage solcher Folgerungen nicht einwandfrei ist, so daß durch dieselbe allein die letzteren nicht bewiesen werden. Denn die Motive sind kein Gesetz und haben nicht die Macht, mit Wirksamkeit zu behaupten, was dem maßgebenden Sprachgebrauch absolut zuwider ist, nämlich die Identität von „Gewinn" und „rechtswidrigem Vermögensvorteil", einem offensichtlich weiteren und einem engeren Begriff.

Wenn Simonson endlich damit operiert, daß es nicht ersichtlich sei, wie die Erlangung eines berechtigten Vermögensvorteils ein Qualifikationsmoment bilden sollte, so ist auch das Bedenken hinfällig. Denn es bedarf keiner weiteren Ausführung, daß die überhaupt aus Gewinnsucht bezw. aus Eigennutz begangene Untreue gegenüber einer solchen, welche aus bloßem Leichtsinn und dergleichen geschieht, in der That als strafwürdiger erscheint.

§ 8.

Teilnahme; Strafe; Verjährung.

I. Teilnahme.

Es ergiebt sich eine gewisse Beschränkung in der Möglichkeit, eine Mitthäterschaft bei der Untreue anzunehmen. Denn in Erwägung des Umstands, daß die Untreue zweifellos ein sog. delictum

proprium ist, sofern sie eine bestimmte Eigenschaft des Thäters oder ein bestimmtes Verhältnis desselben zum Gegenstand des Vergehens voraussetzt, ist es klar, daß auch bloß derjenige den Dolus des Thäters haben kann, welcher diese Eigenschaft besitzt bezw. in diesem Verhältnis steht, und kann denn auch zufolge dessen nach allgemeinen Grundsätzen bloß derjenige Mitthäter sein, bei welchem dies zutrifft. Wenn deshalb z. B. ein Bevollmächtigter A einem Dritten B, welcher zu A's Auftraggeber keine derartigen Beziehungen hat, Gegenstände unberechtigter Weise ausliefert, über die A kraft seiner Vollmacht zu verfügen hat, so kann der Dritte, falls er nicht auch der Anstiftung[65]) schuldig ist, nur wegen Beihilfe bestraft werden. Anzufügen ist andrerseits, daß im gedachten Beispiel der Dritte sich in Wahrheit einer Beihilfe und nicht etwa statt dessen erst nach Vollendung des Delikts einer Begünstigung desselben schuldig machte. Denn die Untreue bezw. die ihr Wesen ausmachende benachteiligende Verfügung wurde erst dadurch vollendet, daß der Dritte die Gegenstände übernahm, während vordem die Vermögensverhältnisse des Auftraggebers noch unversehrt gewesen waren.

In der Entscheidung bei Oppenhoff XI. S. 102 ist dahin erkannt, daß ein Vormund, welcher beim Verkauf eines Mündelguts für sich zur eigenen Verwendung vom Käufer ein Proxenetikum sich versprechen und zahlen lasse anstatt des gemäß den Vorschriften des allgemeinen preuß. Landrechts an das Mündelvermögen abzugeben, einer Untreue und der das Proxenetikum mit Kenntnis der Sachlage Versprechende und sodann Zahlende der Teilnahme daran schuldig sei. Unter Teilnahme ist hier, wie sich aus den Entscheidungsgründen ergiebt, zweifellos die Beihilfe verstanden. Wenn dies Erkenntnis, was zu untersuchen hier nicht der Ort ist, dem Vormund gegenüber richtig ist, so liegt kein triftiger Grund für Rüdorff zu § 266 Anm. 4 vor, dasselbe in Bezug darauf, was es über die Teilnahme des Dritten erklärt, in seiner Richtigkeit anzuzweifeln. Denn, wie die Entscheidung zutreffend ausführt, ist dann die Untreue des Vormunds durch den Dritten, der fest-

65) Die Ansicht von Schwarzes 4. Aufl. S. 135, als ob die Anstiftung zu einem delictum proprium nicht von einem beliebigen Dritten ausgehen könne, entbehrt der überzeugenden Begründung, und ist auch von der gemeinen Meinung als unbewiesen verworfen worden. Auf das nähere darüber einzugehen, ist hier nicht der geeignete Ort.

gestellter Maßen mit Kenntnis der Sachlage handelte, erst ermöglicht worden. Rüdorff hat es denn auch unterlassen, seine Bedenken irgendwie zu begründen.

II. Strafe.

Die Untreue ist in allen Fällen sog. absolutes Offizialdelikt.

Die Handlung im Fall der Ziffer 1 § 266 grenzt mit Rücksicht auf die Verletzung der öffentlichen Stellung und in ihrer Strafwürdigkeit an die Beamtendelikte, namentlich an die Unterschlagung des § 350 St.G.B.'s so sehr sie auch sonst hievon verschieden ist. In der Ziffer 2 § 266 dagegen kommen Fälle in Betracht, in welchen es sich überhaupt nicht um einen spezifischen Vertrauensbruch handelt. Dennoch werden die drei Arten der Untreue in Bezug auf die Strafandrohung und deren Höhe gleich behandelt. In Anbetracht des weiten Strafrahmens, welchen das Gesetz statuiert, läßt sich denn auch diese Gleichstellung der von einander verschiedenen Deliktsarten nach Z. 1.3 des § 266 einerseits und nach Z. 2 andererseits rechtfertigen. Die Untreue wird nämlich überhaupt mit Gefängnis von Einem Tag bis zu fünf Jahren bestraft. Außerdem ist wegen der oft zu Tage tretenden gemeinen Gesinnung des Thäters die fakultative Nebenstrafe des Verlusts der bürgerlichen Ehrenrechte angeordnet. Letztere ist nämlich gemäß § 32 St.G.B.'s dann zulässig, wenn eine Gefängnisstrafe von mindestens drei Monaten als Hauptstrafe ausgesprochen wird. Statt dieses Verlustes kann gemäß § 35 des Strafgesetzbuchs nur auf die Unfähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Aemter erkannt werden.

Im Fall des Zutreffens des im § 7 abgehandelten Qualifikationsmomentes kann außerdem auf Geldstrafe von drei bis dreitausend Mark erkannt werden [66]). Diese Geldstrafe ist denn auch als eine Art Talionsstrafe ein richtiges Reaktionsmittel wenigstens dann, wenn der Thäter den Vorteil für sich selbst wollte.

---

66) Strengere Strafen sind gegendie oben zitierten speziellen Untreuedelikte des Art. 249 Handelsgesetzbuchs und § 140 des Genossenschaftsgesetzes von 1889 angedroht. Die Strafen dieser Gesetze sind, wie schon in Anm. 64 erwähnt ist, angedroht, ob der Thäter die Absicht hatte, sich oder einem Anderen einen Vermögensvorteil zu verschaffen oder nicht. Der I. Entwurf zum Genossenschaftsgesetz hatte Gefängnis- und Geldstrafe bis zu 6000 Mk. angedroht, das Gesetz selbst hat Gefängnisstrafe und in obligatorischer Weise daneben kumulativ Geldstrafe bis zu 3000 Mk. festgesetzt. Der Art. 249 H.G.B.'s ordnet gleichfalls kumulativ neben der Gefängnisstrafe noch obligatorische Geldstrafe und zwar bis zu 20000 Mk. an.

Eine besondere Rückfallstrafe ist für die Untreue nicht bestimmt. Andererseits sind auch mildernde Umstände nicht vorgesehen.

Endlich bleibt der Versuch der Untreue straflos.

Ein wirkliches Bedürfnis dafür, an die Begehung der Untreue noch weitere strafrechtliche Folgen zu knüpfen, ist auch de lege ferenda nicht anzunehmen.

Die zivilrechtlichen Folgen (z. B. die Entsetzung des Vormunds ꝛc.) und die verwaltungsrechtlichen Konsequenzen gehören nicht hieher. Insbesondere ist mit Recht im Fall der Ziffer 3 eine Bestimmung über den Verlust des Gewerbebetriebs, wie sie bei den Vorberatungen zum preußischen Strafgesetzbuch in Frage kam (vgl. Beseler, Komm. S. 470 u.), insofern nicht aufgenommen worden, als Normen hierüber zu treffen vielmehr Sache der Gewerbeordnung ist (vgl. § 9 A. 1).

III. Verjährung.

Die Strafverfolgung verjährt, da die Untreue ein Vergehen ist, das im Höchstbetrage mit mehr als drei Monaten Gefängnis bedroht ist, in Gemäßheit von § 67 Abs. 2 St.G.B.'s in fünf Jahren. Die Frage des Beginns der Verjährung, welch' letzterer an „den Tag der begangenen Handlung" anknüpft, kann weitere Schwierigkeiten, als die Untersuchung über den Vollendungsmoment des Delikts oben gemacht hat, nicht bereiten. Doch sei auch hier darauf hingewiesen, daß die Untreue kein sogenanntes Dauerverbrechen ist, daß sie also schon mit der verbotenen Handlung i. S. des Gesetzes vollendet ist und die Verjährung von da ab anfängt, daß dagegen die Aufrechterhaltung des durch die Handlung geschaffenen Zustands und die Unterlassung der Beseitigung desselben nicht mehr zum Thatbestand des Delikts gehört und somit auch nicht den Anfang der Verjährung hinausschiebt.

§ 9.

Das Verhältnis der strafbaren Untreue zu anderen Gesetzesbestimmungen.

A) Verhältnis zu sonstigen Bestimmungen des neuen Reichsrechts.

1. Das Strafgesetzbuch E. G. § 2 setzt das frühere Reichsstrafrecht ausdrücklich außer Kraft, soweit dasselbe Materien betrifft, welche Gegenstand des Strafgesetzbuchs sind.

Man darf nun nach dem ganzen Zusammenhang und der Geschichte des § 266 St.G.B.'s als zweifellos annehmen, daß das Strafgesetzbuch in strafrechtlicher Beziehung die Untreue im technischen Sinn als Materie i. S. von E. G. § 2 erschöpfend bezw. vorbehältlich etwaiger Nachträge von Reichswegen ausschließlich regeln und somit ein etwa vordem bestehendes Strafrecht, das sich hierauf bezog, abschaffen wollte. Es ist aber sicher, daß die in § 35 der Gewerbeordnung erwähnte Untersagung des ferneren Gewerbebetriebs von Versteigerern und dergleichen Personen schon nach der Stellung dieser Norm in der Gewerbeordnung überhaupt nicht zum Strafrecht gehört und nicht als Strafe, sondern als Verwaltungsmaßregel erscheint, also auch im Fall der „strafbaren Untreue" dieser Personen zulässig ist. Vgl. auch H. Meyer, Strafrecht § 2, 2 e. mit Anm. 17.

Erst wenn jemand dieser Untersagung des Gewerbebetriebs zuwiderhandelt, ist er von der Gewerbeordnung mit einer Strafe bedroht. Gewerbeordnung § 148 Z. 4.

2. Was nun das Verhältnis der strafbaren Untreue des § 266 zu sonstigen strafbaren Handlungen i. S. des Reichsrechts betrifft, so ist zunächst daran zu erinnern, daß in späteren Reichsgesetzen besondere Delikte der Untreue geschaffen worden sind, welche, auch soweit ihr Thatbestand unter den § 266 Z. 2 St.G.B.'s fällt, jedenfalls zufolge einer Gesetzeskonkurrenz seine Anwendung ausschließen und als speziellere Vergehen ihm vorgehen. Dahin gehören, wie schon oben erwähnt wurde, die Delikte der Paragraphen:

§ 42 des Krankenversich.-G. vom 15. Juni 1883, § 34 des R.G. über die eingeschr. Hilfskassen, § 26 des industriellen Unfallvers.G., § 31 des U.V.G. für die land- und forstwirtsch. Arbeiter, § 12 des U.V.G. für die bei Bauten beschäftigten Arbeiter und § 32 des U.V.G. für die Seeleute, des § 59 des Altersversicherungsgesetzes von 1889, Art. 249 Handelsgesetzbuchs und des § 140 des Genossenschaftsgesetzes von 1889.

Keiner weiteren Ausführung bedarf es, daß zutreffendenfalls auch die strafbaren Handlungen i. S. der §§ 92 Z. 3 und 356 St.G.B.'s als speziellere Delikte zu § 266 Z. 2 im Verhältnis der sog. Gesetzeskonkurrenz stehen und die Anwendung des letzteren mithin ausschließen.

Da nach der oben § 4 VII. dargelegten Ansicht die u. a. von den Vormündern handelnde Z. 1 § 266 St.G.B.'s auch auf ein

Handeln zum Nachteil der „**Person**" des Mündels zu beziehen ist, so muß hier angegeben werden, in welchem Verhältnis die Ziffer zu den §§ 174 Z. 1 (Unzucht der Vormünder mit Pflegbefohlenen) und 181 Z. 2 (Kuppelei der Vormünder) St.G.B.'s steht. Es kann auch in dieser Beziehung ein Zweifel nicht bestehen, daß die beiden letztgenannten Deliktsparagraphen wegen ihrer charakteristischen Beziehung auf die Sittlichkeit die zweifellos spezielleren Normen sind und daher im Verhältnis der sog. Gesetzeskonkurrenz zu der mehr generellen Bestimmung der Z. 1 § 266 stehen und somit unter gänzlicher Ausschließung der letzteren im gegebenen Fall allein zur Anwendung kommen.

3. Man streitet darüber [67]), ob die Untreue des § 266 Abs. 2 St.G.B.'s und die qualifizierte Unterschlagung des § 246, 2. Fall dann, wenn eine bewegliche Sache den Gegenstand der Handlung bildet, in das Verhältnis idealer Konkurrenz zu einander treten können. Die Frage ist mit der gemeinen Meinung (vgl. z. B. **Olshausen** Anm. 16a, H. **Meyer** S. 726 ꝛc.) und mit dem Reichsgericht (E. 7, 349) zu bejahen.

Auf dem entgegengesetzten Standpunkt steht u. a. eine Entscheidung des sächsischen Oberappellationsgerichts vom 18. Februar 1878 (s. sächs. Gerichtszeitung 22 S. 246). Dieselbe bestreitet die Möglichkeit idealer Konkurrenz zwischen dieser Untreue und Unterschlagung anvertrauten Guts einfach deshalb, weil die in dem zuerst genannten Strafgesetz bedrohte Verletzung eines Mandatverhältnisses in der qualifizierten Unterschlagung schon enthalten sei und mithin in derselben die Untreue aufgehe. Dem gegenüber ist nun aber festzustellen, daß jedenfalls die Annahme unrichtig ist, als ob die Thatbestände beider Delikte stets in dieser Weise sich decken müßten. Es ist im einzelnen Fall sehr wohl das Zutreffen der gesetzlichen Merkmale des einen der beiden Delikte denkbar, ohne daß auch der gesamte gesetzliche Thatbestand des anderen vorzuliegen brauchte.

Daß jemand eine Untreue begehen kann, ohne zugleich einer Unterschlagung nach § 246, 2. Fall sich schuldig zu machen, ist selbstverständlich und bedarf keiner weiteren Ausführung; aber auch

67) Eigentümlich und unnötig ist die im preußischen Strafgesetzbuch bei der Untreue im § 246 letzter Absatz geschehene Verweisung auf die Grundsätze über ideale Konkurrenz, welche doch — je nach Lage des einzelnen Falls — hier wie bei jedem andern Delikt von selbst eintreten.

der umgekehrte Fall ist leicht möglich. Wenn jemand z. B. eine bei ihm deponierte Sache unterschlägt, so liegt hierin keine Untreue, da der Thäter kein Verfügungsrecht über die Sache hatte, also kein Bevollmächtigter nach § 266 Z. 2 ist. Ferner kann (vgl. die R.G.E. 7, 349) ein Vormund (oder ein einfacher Bevollmächtigter i. S. von Z. 2 § 266) anvertraute Gelder für sich verbrauchen, ohne daß ihm zu jeder Zeit sofortige Ersatzleistung möglich wäre, und dadurch eine erschwerte Unterschlagung begehen, ohne sich jedoch zugleich auch einer Untreue schuldig zu machen, da er hierdurch nicht absichtlich zum Nachteil seines Mündels (bezw. Auftraggebers) handelt, sondern sich vielleicht positiv dessen bewußt ist, daß derselbe durch eine gestellte Realkaution gesichert ist.

Es ergiebt sich hieraus nach allgemeinen Grundsätzen [67a]), daß zutreffendenfalls die §§ 246, 2. Fall und 266 Abs. 2 im Verhältnis idealer Konkurrenz zu einander stehen, da die Strafbarkeit des einen Delikts in derjenigen des anderen nicht genügend berücksichtigt ist.

Trotzdem hält von Schwarze noch in der 5. Auflage seines Kommentars sub Erläuterung Nr. 9, welch' letztere sich nur auf die Z. 2 des § 266 bezieht, daran fest, daß eine Idealkonkurrenz zwischen dieser Gesetzesstelle und § 246, 2. Fall nicht statthabe und zwar deshalb nicht, weil unter „Verfügen" die widerrechtliche Aneignung (als Unterschlagung) „nicht mitbegriffen" sei. Daß letztere Behauptung unzutreffend ist, liegt auf der Hand.

Endlich ist auch Binding (Handbuch des Strafrechts Bd. I. S. 363) Gegner der hier vertretenen Ansicht. Derselbe führt gegen dieselbe folgendes aus: „Die einfachsten Verbrechenstypen treten dem Gesetzgeber am frühsten klar vor das Auge. Zur Aufstellung der verwickelteren Begriffe schreitet er erst, wenn sich die Unzulänglichkeit der einfacheren ergeben habe. Seine Absicht sei dann regelmäßig, das Gebiet des komplizierteren Verbrechens da beginnen zu lassen, wo das einfachere aufhöre. Bis zum Beweis des Gegenteils sei anzunehmen, daß der neue Begriff sich grenz-

---

67 a) Nicht schon deshalb, weil logisch der Thatbestand des einen Delikts über denjenigen des anderen hinausreicht, ist statt der Gesetzeskonkurrenz ideale Konkurrenz anzunehmen, sondern deshalb, weil dies Auseinanderfallen der beiden Thatbestände, wie sich aus den Beispielen ergiebt, von so wesentlicher Bedeutung ist, daß sicher auch i. S. des Gesetzes nicht bloß die eine Strafbestimmung zur Anwendung gelangt. Vgl. H. Meyer S. 491 f.

nachbarlich an den alten anschließe, nicht aber in dessen Gebiet teilweise übergreifen wolle. So beginne der Betrug, wo Diebstahl und Unterschlagung nicht vorliegen und sei auch die Untreue nur da anzunehmen, wo Veruntreuung nicht vorliege; eine Idealkonkurrenz von Unterschlagung und Untreue sei daher unmöglich".

Binding hat in dieser Ausführung selbst zugegeben, daß auch das Gegenteil des von ihm aufgestellten allgemeinen Regelsatzes zutreffen könne. Eben dies Zutreffen des Gegenteils ist aber, wenn dies auch Binding bestreitet, gerade für das Verhältnis von Untreue und qualifizierter Unterschlagung als erwiesen zu betrachten, wie aus der obigen Ausführung sich ergiebt.

Noch zweifelloser ist es, daß die Untreue mit den Vergehen des Diebstahls und Betrugs ideal konkurrieren kann, zumal da die letzteren Delikte nicht (wie die qualifizierte Unterschlagung) die Verletzung eines Treueverhältnisses mit der Untreue gemeinsam haben [68]).

Die Bestrafung in Gemäßheit von § 73 St.G.B.'s erfolgt beim Zusammentreffen von einfachem Diebstahl oder qualifizierter Unterschlagung einerseits und qualifizierter Untreue andrerseits auf Grund des Strafrahmens des § 266 (Abs. 1 oder 2), da im letzteren Paragraphen neben der auch wegen einfachen Diebstahls bezw. der qualifizierten Unterschlagung zu verhängenden Gefängnisstrafe noch kumulativ — wenn auch nur fakultativ — Geldstrafe angedroht ist und derselbe insofern die schwerere Strafsatzung enthält. Auch bei der idealen Konkurrenz zwischen dem Betrug und der qualifizierten Untreue ist die Strafe aus § 266 zu schöpfen, da, so gleichwertig im übrigen der Strafrahmen auf beiden Seiten ist, dennoch der § 263 wegen seiner Zulassung mildernder Umstände die gemäßigtere Strafbestimmung darstellt.

4. Im Anschluß hieran ist die gleichfalls auf das Verhältnis von Diebstahl bezw. Unterschlagung zur Untreue bezügliche Kontroverse zu erledigen, welche darüber entsponnen ist, ob dem Vater, wenn er als Vormund seiner eigenen Kinder (vgl. § 4 I. 2) durch Unterschlagung oder Diebstahl eine Untreue begeht, nicht die Norm des § 247 Abs. 2 St.G.B.'s derart zu statten komme, daß er

---

68) § 247 St.G.B.'s handelt zwar u. a. auch von Treueverhältnissen, welche übrigens verschieden sind, von denjenigen des § 266; allein jedenfalls statuiert er kein besonderes Delikt des Diebstahls, und ändert nichts an dem gesetzlichen Thatbestand des gemeinen Diebstahls, auf den er sich bezieht.

auch wegen Untreue dann nicht strafbar wäre. Die Frage ist u. a. von Schwarze (Komm. 5. Aufl. Erl. 6 zu § 266) bejaht worden[69]). Die Streitfrage ist übrigens nicht auf diesen Punkt, wie es üblich ist, zu beschränken, sondern dieselbe ist allgemeinerer Natur. Denn dieselbe ist in gleichem Maß vorhanden, ob der Vater bezw. Großvater als Vormund ꝛc. oder etwa als Testamentsvollstrecker in bezeichneter Weise zum Nachteil seiner Kinder oder Enkel handelt. Auch besteht dieselbe auf Grund der zweiten Alternative des § 247 Abs. 2 in Fällen, wie wenn z. B. der Ehemann als Testamentsvollstrecker oder als Bevollmächtigter i. S. von Z. 2 § 266 bezw. als Geschlechtsvormund, soweit letzteres noch vorkommt, zum Nachteil seiner Ehefrau handelt.

Wenn nun das Reichsgericht in seiner diese Straflosigkeit verneinenden Entscheidung (E. Bd. 16 S. 343 f.), welche im Ergebnis richtig ist, sich u. a. auf die Vorgeschichte des deutschen Strafgesetzbuchs, spezieller des diesem vorangehenden preußischen Strafgesetzbuchs, bezieht, so dürfte dadurch nichts bewiesen werden.

Es stand nämlich, um hierauf einzugehen, im ersten Entwurf des § 240 preuß. St.G.B.'s ein letzter Absatz mit folgendem Wortlaut: „Wird die Untreue durch Verübung eines Diebstahls oder einer Unterschlagung von Eltern, Großeltern gegen ihre Kinder oder Enkel oder von einem Ehegatten gegen den anderen begangen, so findet eine Bestrafung nicht statt". Diesen Absatz strich die Bundeskommission und erschien derselbe seither nicht mehr in den Entwürfen und auch nicht im Gesetz.

Wenn nun der Strich die Ablehnung dieser Bestimmung zum Ausdruck hätte bringen sollen, so wäre die Streitfrage schon hiedurch entschieden. Allein die Ansicht des Reichsgerichts, als ob eben das der Zweck der Streichung gewesen sei, ist unrichtig. Denn es steht derselben der zweifellos darüber maßgebliche Bericht der Kommission der I. preußischen Kammer direkt entgegen. Nach dessen ausdrücklichem Inhalt nämlich hat man geglaubt, indem man die spezielle Bestimmung nicht mehr aufnahm, die Beurteilung der Frage, ob die Untreue des Vaters ꝛc. im gedachten Fall als solche

---

69) Auf Grund des preußischen St.G.B.'s wurde sie vom Berliner Obertribunal (Entscheidungen Bd. 27 Nr. 52) in einem nur dürftig motivierten Erkenntnis bejaht. Dasselbe läßt sich analog widerlegen, wie das unten unter Zugrundelegen des deutschen Strafgesetzbuchs geschieht.

straflos sei, der Vater rc. also in diesem Sinn nicht zu den Vormündern rc. gehöre, lediglich der Praxis überlassen zu müssen. Bericht der Kommission der ersten Kammer zum 22. Titel § 246; preuß. Kammerverhandlungen aus dem Jahr 1851 S. 1054.

Bei der Redaktion des Reichsstrafgesetzbuchs wurde an dieser Auffassung nichts geändert.

Wenn hienach auch diese Vorgeschichte einen Anhalt für die Entscheidung der Kontroverse nicht abzugeben vermag, so gelangt man doch aus anderen Gründen zweifellos dazu, die bezeichnete Straflosigkeit zu verneinen.

Der § 247 ist im 19. Abschnitt des zweiten Teils im deutschen Strafgesetzbuch enthalten, welcher die Ueberschrift „Diebstahl und Unterschlagung" trägt. Auch seinem ausdrücklichen Wortlaut nach bezieht er sich nur auf diese beiden Delikte. Es ist nun der wahre Grund, welcher uns davon abhält, die Straflosigkeit i. S. des § 247 auch auf die Untreue zu beziehen, wenn sie durch Diebstahl oder Unterschlagung begangen wird, nicht mit dem Reichsgericht (Bd. 16 S. 345) u. a. in dem Ausschluß der Analogie im Strafrecht zu suchen, da die Norm des § 2 St.G.B.'s, welche den letzteren anordnet — in Anbetracht ihres inneren Grundes — auf Strafausschließungsgründe nicht zu beziehen ist, vgl. H. Meyer, Strafrecht § 17, 4. Wohl aber ist deshalb § 247 auf die Untreue nicht ausdehnbar, weil aus dem nur Diebstahl und Unterschlagung berührenden Wortlaut des § 247 St.G.B.'s sicher das argumentum a contrario zu entnehmen ist, daß nämlich, wenn andere Vergehen z. B. Untreue vorliegen, diese Straflosigkeit unter keinen Umständen gilt.

In den gedachten Fällen hat deshalb unbedingt die Bestrafung aus § 266 Platz zu greifen. — Die geschilderte verschiedenartige Behandlung von Diebstahl und Unterschlagung im Gegensatz zur Untreue wird nicht vollständig prinzipiell zu rechtfertigen sein. Das Reichsgericht weist zum Zweck der Rechtfertigung darauf hin, daß man deshalb bei der Untreue strenger sein müsse, weil es sich hier im Gegensatz zu Unterschlagung und Diebstahl noch um die Verletzung einer öffentlichen Funktion handle, die zutreffendenfalls allerdings auch der Vater im Verhältnis zum Kind bekleidet. Allein abgesehen davon, daß gegen den Vater als Vormund eventuell die Obervormundschaftsbehörde von Aufsichtswegen einschreiten kann, ist durch den vom Reichsgericht angeführten Grund diese Behand-

lung wenigstens für die Fälle der Z. 2 § 266 nicht beschönigt, da in diesen Fällen der Vater oder der Ehegatte nicht in publizistischer Stellung, sondern als bloßer Privatbevollmächtigter z. B. des volljährigen Sohnes oder des anderen Gatten die Untreue begeht.

Man wird den Vorwurf der Ungleichheit der Behandlung für die letztgedachten Fälle auch durch den Einwand nicht völlig beseitigen, daß der Vater bezw. Gatte im Fall des § 266 Z. 2 neben dem allgemeinen Vertrauen, das ihm als Vater 2c. an sich zukommt, noch ein besonderes Vertrauen, das der Deszendent bezw. der andere Gatte im speziellen Fall der Bevollmächtigung in ihn gesetzt habe, verletze und daß deshalb hier ein strengeres Vorgehen am Platze sei; denn auch in dieser Beziehung unterscheidet sich die Untreue nicht von der Unterschlagung anvertrauter Sachen, da auch im letzteren Fall der Vater oder Gatte ein besonderes ihm geschenktes Vertrauen mißbraucht.

B) Verhältnis der „Untreue" zu einigen Bestimmungen außerhalb des neuen Reichsrechts.

Es ist hier auf die bei der geschichtlichen Entwicklung schon berührte sog. Lehnsuntreue oder Felonie zurückzukommen. Es ist darauf hinzuweisen, daß auch heutzutage noch Ueberreste von Lehn existieren, und, soweit dies der Fall ist, fragt es sich, ob die oben (§ 2, 4 d) geschilderte Lehnsverwirkung im Fall der Felonie noch zu Recht besteht wie früher. Dies ist nicht zu bezweifeln. Eine Kollision mit E. G. St.G.B. § 2 kann nicht vorkommen. Ein gesetzlicher Fall der Felonie, welcher dem Thatbestand des § 266 Z. 2 St.G.B.'s entsprechen würde, ist mir nicht bekannt geworden. Jedenfalls ist aber eine Kollision der Privation als gesetzlicher Folge der Felonie mit E. G. St.G.B. § 2 schon deshalb nicht möglich, weil in Wahrheit diese Privation oder Lehnsverwirkung gar nicht als Strafe erscheint. Allerdings mag sie der Lehnsmann als Strafe empfinden; dies ist aber nicht entscheidend, denn es kommt vielmehr darauf an, zu welchem Zweck der Gesetzgeber sie grundsätzlich bestimmt hat. Und da wird man behaupten können, daß die Gründe, welche M a n d r y (zivilrechtlicher Inhalt 2c. 2. Aufl. § 22 II., 2 b) für die heutige Fortdauer der Normen über die Erbunwürdigkeit angiebt, analog auch hier verwertbar und zutreffend sind. Es handelt sich auch hier, um mit M a n d r y zu sprechen, u. E. nicht eigentlich darum, den Lehnsmann zu strafen, sondern vielmehr darum, die Konsequenzen aus der Natur und namentlich aus der begrifflichen

Gegenseitigkeit der rechtlich anerkannten Lehnsverhältnisse zu ziehen d. h. dem Lehnsmann, welcher in wichtigen Punkten die durch das Lehnsverhältnis auferlegten Pflichten dem Lehnsherrn gegenüber versäumt, auch die rechtlichen Vorteile, die das Verhältnis gegenüber dem Lehnsherrn gewährt, zu entziehen, eine Aufgabe, welche privatrechtlicher Natur ist und mit dem durch das Strafgesetzbuch beseitigten Strafrecht nichts zu thun hat.

Schließlich sind etliche Normen spezieller Particularrechte in ihrem Verhältnis zu § 266 zu beleuchten. Die auf Grund von Art. 84 des Handelsgesetzbuchs aufgestellten Straffatzungen der Landesrechte (vgl. Preuß. Einf. G. zum H.G.B. Art. 9 § 5 und bair. Einf. G. zum H.G.B. Art. 36) gegenüber von Pflichtverletzungen der Mäkler sind, selbst soweit die betr. Pflichtverletzungen den Thatbestand des § 266 Z. 3 St.G.B.'s enthalten sollten, dennoch auch heutzutage stets anwendbar, da die ersteren zweifellos keine Kriminal-, sondern ein Disziplinar- bezw. Ordnungsstrafrecht darstellen und ein solches durch das Strafgesetzbuch nicht berührt wird. Vgl. Olshausen, Komm. 4. Aufl. Anm. 7c zu § 2 E. St.G.B. und Anm. 6 zu § 5 E. St.G.B.

In eben diesem Sinn ist endlich auch die Frage zu lösen, ob die im preußischen Reglement vom 15. April 1848 § 33 enthaltene Bestimmung, wonach Auktionatoren in eine Ordnungsstrafe verfallen, wenn sie nicht den Auktionserlös binnen 8 Tagen abliefern, dann in ihrer Geltung ausgeschlossen wird, wenn und soweit der Thatbestand, den die erstere Bestimmung bedroht, im einzelnen Fall unter § 266 Z. 3 fällt. Oppenhoff im Kommentar Note 28 zu § 266 bejaht die Frage so, wie sie gestellt ist, aber mit Unrecht; denn das Ordnungsstrafrecht wird eben nach der richtigen und sicher motivierten Ansicht überhaupt nicht durch das Strafgesetzbuch beeinflußt (vgl. die eben zitierte Stelle bei Olshausen) und kommen deshalb diese Ordnungsstrafen noch heute stets und unter allen Umständen zur Anwendung.

§ 10.

Anhang: Gerichtliche Zuständigkeit; Auslieferung.

Anhangsweise sei hier die Besprechung zweier weiterer Punkte der materiellstrafrechtlichen Abhandlung angeschlossen:

1. Gerichtliche Zuständigkeit.

Für das Vergehen der Untreue sind stets die Strafkammern der Landgerichte zuständig. G.V.G. §§ 73 Z. 1; 27.

Auch eine Ueberweisung zur Verhandlung und Entscheidung an das Schöffengericht i. S. des § 75 G.V.G. ist absolut ausgeschlossen, ein Umstand, welcher für die unter Z. 2 § 266 fallenden Handlungen zu bedauern ist, da diese, wie oben gezeigt wurde, die Verletzung eines spezifischen Treueverhältnisses nicht notwendig in sich schließen und daher Thatbestände unter diese Ziffer gehören, welche nicht strafwürdiger sind, als viele mit Untreue nicht konkurrierende Unterschlagungen an anvertrauten Sachen, für welche das Schöffengericht kompetent ist. Ist es doch i. a. sogar noch verwerflicher, wenn jemand z. B. eine geliehene oder bei ihm deponierte fremde Sache rechtswidrig zu seinem Vorteil veräußert (246) als wenn jemand die doch zum Verkauf bestimmte und zu dem Zweck, sie für den Auftraggeber zu veräußern, ihm übergebene Sache in der hienach verwirklichten Absicht, den Erlös für sich zu verwenden, verkauft (266 Z. 2).

2. Auslieferung.

In einigen Auslieferungsverträgen, welche das deutsche Reich mit dem Ausland abgeschlossen hat, ist die Untreue als solche mit Rücksicht auf ihre unter Umständen recht erhebliche Bedeutung und insbesondere auf ihre oft in den internationalen Verkehr hinüberreichenden Folgen in passender Weise als Delikt bezeichnet, wegen dessen eine Auslieferungspflicht bestehe, vgl. den Vertrag mit Großbritannien von 1872 Art. II. Z. 8 und den mit Belgien von 1874 Art. I. Z. 17. Die gedachten Gesichtspunkte ließen es übrigens als wünschenswert erscheinen, wenn im Verhältnis zu einer noch größeren Anzahl von Ländern, als dies zur Zeit der Fall ist, die Untreue als solche einen Grund zur Auslieferung abgäbe.